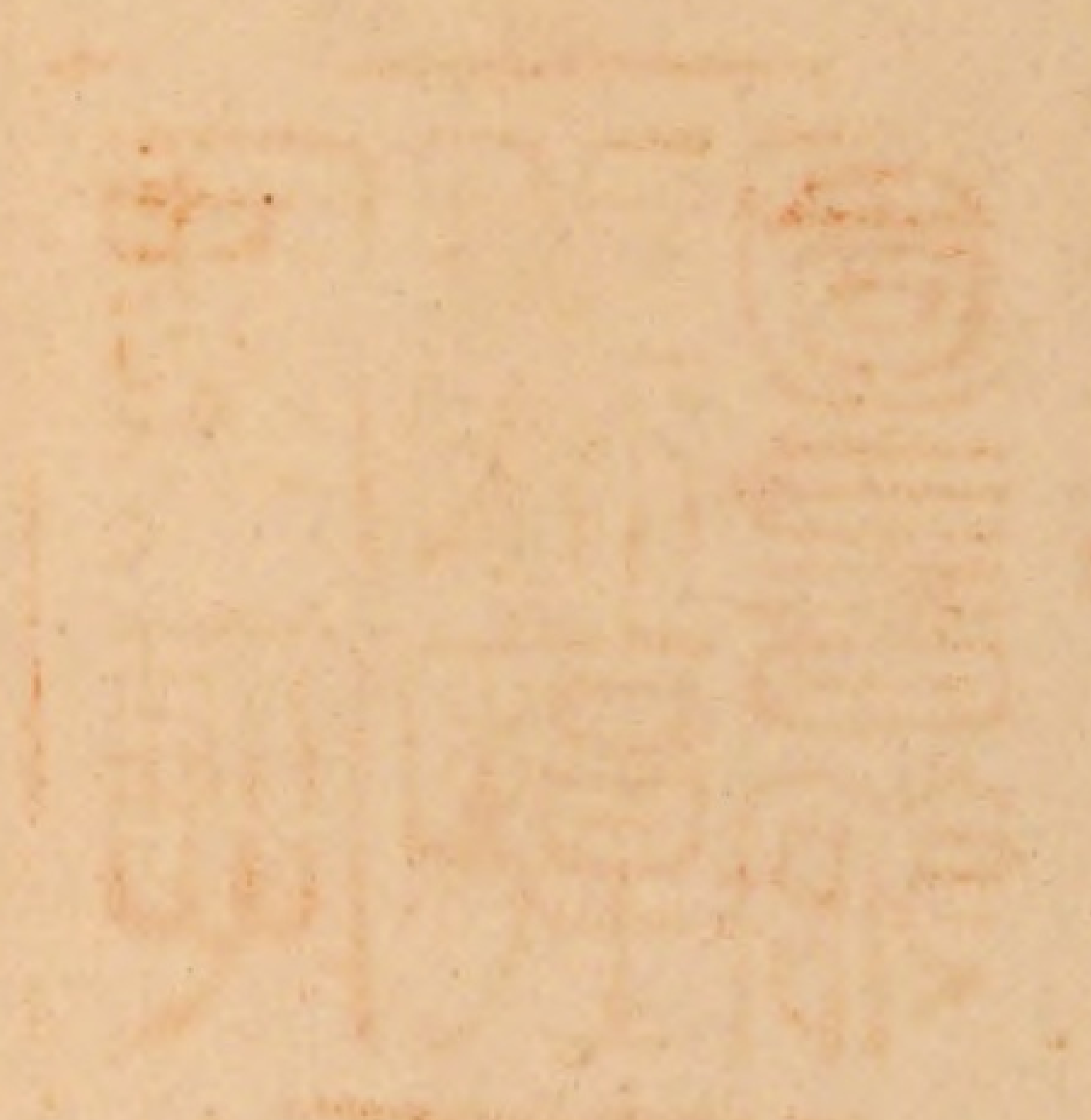


滿鐵調查資料第七十三編

# 支那に於ける家族制度



南滿洲鐵道株式會社
庶務部調查課

# 凡例

一、支那の社會に關する考察が、従來動もすれば、極めて皮相的であつて、其の考察の範圍が、意識的又は無意識的に、單に社會現象のみに限られ、毫も社會組織の本質卽ち社會の基本的結合に觸れなかつたといふことは、甚だしく遺憾とすべき點である。

蓋し、社會組織そのものに對する明瞭なる認識を缺如して、其の社會内に生起する如何なる社會現象をも根本的に理解することは出來ないからである。

一、然るに、支那の社會組織を點檢するに、其の構成の單位を爲して居るものは、家族であつて、個人ではない。換言すれば、支那の社會に在つては、其の構成の基本組織は、實に、家族制度であるに外ならないのである。

一、それ故に、本書は、支那社會の基本組織としての家族制度を社會學的に檢討することによつて、それの本質を明瞭に把握し、其の社會的並びに社會史的意義を考察することによつて、其の基礎の上に立つ社會組織との關係を闡明せんと企てたのである。

一、かくの如く、本書は、支那に於ける家族制度の社會的研究であるが、凡そ社會制度としての家族制度の研究には、自ら二樣の態度がある。其の一は客觀的實證的研究であつて、卽ち現實に卽した制度そのものを觀察し、其の本質を究むることを目的とする。其の二は主觀的政策的研究であつて、其の制度に對して價値の批判を加へ、

その利害得失を斷ずるを以て旨とする。併しながら、事實の觀察は當然價値の批判に先立たなければならぬ。事實を基礎とせざる利弊の論斷の如きは、畢竟一の空論たるを免れない。故に本書は、研究の順序として、先づ支那に於ける家族制度の事實を觀察して、其の本質を究明することに努め、價値批判の如きは、之を讀者の判斷に一任することゝした。

一、本書の立場が、客觀的態度を以てする支那家族制度の實證的研究であることは、上述の通りであるが、苟くも獨斷と妄斷とを避けて、支那の家族制度を考察せんとするならば、あらゆる家族制度が、それに從つて構成せられ、且又それに從つて變革するところの嚴密なる社會科學上の原則を無視してはならない。併しながら、それと同時に、支那社會の特異性と獨自性とを沒却して、一般的普遍的原則のみを以て、直ちに支那家族制度を律せんとするの企ては、畢竟一般的法則の具體的な諸環境に對する依存性を忘却したものであつて、もとより理論的實際的價値に乏しい。故に、本書の研究的立場は、支那に於ける社會の基本組織としての家族制度を、普遍的並びに具體的の二方面から、出來得る限り周到に考察するといふ點に、之を置いたのである。

一、更に又、一般に家族制度を研究するに當つては、大體に於て、次の如き二種の方面がある。一は之を法律的に觀る場合であり、他は之を社會的に觀る場合である。而して、本書は、前述の樣に、支那の家族制度を研究するに當つて、主として、後者の立場をとつたが、而かも、尠なからず、前者の立場にも觸れた。蓋し、本書の意圖は支那に於ける家族制度を、全體として、闡明することに存するからである。

一、最後に、本書は、支那に於ける家族制度の究明に當つて、相當著しき程度に、歴史的考察を加へた。いふまでもなく、現在は過去を知らずして、之を理解することの出來ない過程である。支那に於ける家族制度の現狀を闡明する爲には、是非とも、其の生成の過程を知らねばならない。まして、現在に於ける支那の家族制度は、殆んど、否、全く其の歴史的基礎の上に打建てられて居るに於ては、猶更である。のみならず、實證的な歴史的認識を基礎として、過去から現在に至るまでの發展の傾向を捉へ得るならば、將來に對する發展の可能性をも、容易に看取することが出來るであらう。本書が、支那に於ける家族制度の史的發展の經過を、實證的に辿らうと試みたのは、卽ち此の爲である。

一、本書の意圖は、上述によつて略々明瞭であると信ずるが、其の內容に至つては、尙極めて粗笨蕪雜、もとより幾多の缺陷あるを免れ難い。たゞ支那社會の基本組織を構成する家族制度の意義及び性質を理解する上に、本書の如きも、猶一の參考資料ともなることを得ば幸甚である。

一、參考文獻は、凡そ左記の如くである。

家族の研究　戶田貞三氏著
家族制度研究　河田嗣郎氏著
東洋法制史本論　廣池千九郎氏著
支那法制史研究　東川德治氏著

臺灣私法（第三卷下人事）　臨時臺灣舊慣調査會報告書

滿蒙全書（第六卷法制編）　南滿洲鐵道株式會社調査課編

大理院判例要旨滙覽（第一卷及續編上卷）　大理院編輯處編

大理院法令判解分類彙要（民例之部）　上海中華書局發行

現行律令判牘成案滙覽（民事二）　滿鐵調査課藏書

中國民事習慣大全　上海廣益書局發行

中國人口論　陳長衡氏著

中國家庭問題　易家鉞氏 羅敦偉氏 合著

Leon & Tao: Village and Town Life in China.

H. A. Smith: Village Life in China.

Suu: Family System in China.

Bard: The Chinese at Home.

家族制度の主觀的基礎と客觀的基礎——及び其の朽廢　中島玉吉氏論文
『法學論叢』第十六卷第五號所載

唐宋時代の家族共產制　中田薰氏論文
『國家學會雜誌』第四十卷第七及八號所載
支那の村落及び家族組織　橘樸氏論文
『支那研究』第一卷第二號所載
支那家族制度の破綻　橘樸氏論文
『我等』第九卷第一號所載

一、本書の編纂は、當課職員水谷國一の擔當に係る。

昭和二年十二月

庶務部調查課

# 支那に於ける家族制度

## 目次

# 支那に於ける家族制度

## 第一章　支那に於ける家族制度の社會的重要性

### 第一節　支那社會の基本組織としての家族制度

支那は謎の國であると言はれて居る。其の國に生起するところの一切の社會現象が、悉く、他の國のそれとは、全く範疇を異にして居り、之を本質的に理解することが、極めて困難なところから、之を稱して不可解な謎であると謂ふのであらう。併しながら、此の事は、疑ひもなく、支那に於ける社會組織そのものの特異性に對する明瞭な認識の缺如から起つたものである。

然らば、何故に、支那に於ける社會組織が、他の如何なる國のそれにも超えて、しかく顯著な特異性を有つて居るのであらうか。此の疑問は、支那の家族制度を明かにすることに依つてのみ、解釋さるべきものである。

實に、支那に於ては、家族制度なくして社會組織の存在を考へ難い程に、後者は前者に依存じて居る。それ故に支那に於けるすべての社會事象に關しては、之を根本的に理解すべき最も重要な鍵鑰を、當然、其の家族制度に求むべきであつて、支那の社會に關するあらゆる觀察の不徹底若しくは誤謬は、多く此の原則を無視することから起

るのである。

然らば、如何なる理由に基づいて、支那の家族制度が、其の社會の基本組織をなすと謂ひ得るのであるか。これを說明する前に、吾々は先づ社會組織と家族制度との關係に就いて、其の一般的普遍的原則を一應明かにして置く必要がある。

### 第一項　社會組織と家族制度との關係

凡そ、家族制度が社會組織の中に於て占むる地位、換言すれば、家族制度の社會的重要性は、それぞれの社會に於ける文化發達の程度に應じて、其の間に、著しく輕重の差異が認められる。

例へば、現代歐米の社會に於けるが如く、最も進步せる文化の狀態の下に於ては、其の社會組織は、個人を以て構成の單位とし、家族制度の社會的重要性は、殆んど全く喪はれて居るのに反し、文化程度の比較的低い支那の社會等に在つては、家族の社會的意義は、遙かに個人のそれを超えて居り、家族制度は、今尙社會の基本組織たる實質を失はず、其の社會的重要性は極めて大きい。

思ふに、社會文化の發達は、二つの方面から、卽ち思想的並びに經濟的に、其の社會に於ける家族制度の構成及び機能に對して、最も重大なる影響を與へる。何となれば、社會文化の發達は、思想的には、個人主義の擡頭を意味し、經濟的には、資本主義の進展を意味するからである。

個人主義思想の特質は、いふまでもなく、個人的自由を主張して、出來得る限り團體組織の干渉を排除せんとす

る點に在る。それ故に、個人主義的思想の發達した社會に於ては、家族團體の拘束を成るべく排除せんとする傾向が極めて強い。元來、家族團體は、其の本質上、最も緊密多面的なる生活協同體であるから、その束縛から解放せられんとする個人主義的欲求も、從つて甚だ強い譯である。かくの如くにして、個人主義的思想の下に於ける家族制度は、著しく其の價値と權威とを失はざるを得ない。卽ち、個人主義自由主義を基調とする近代社會思想の支配する歐米に於ては、個性の自由獨立、從つて個人の家族團體からの解放が强調せられる結果として、家族の集團的生活が餘り重要視されない。個人は、家族の團體的生活に大なる意義を認めない許りでなく、出來得る限り家族團體の拘束を受けないことを要求する。從つて、其の家族組織は、最低限度に小規模である許りでなく、家族員を拘束する力が極めて弱い。卽ち、歐米各國に於ては、一家族人口平均五人以上になつて居る地方は、殆んど見當らない(本書四四頁參照)而して、是等所謂近代的小家族に在つては、家族員を拘束する家長若しくは家長權なるものは、其の存在を認められないのである。

然るに、個人主義自由主義社會思想の發達は、之を社會體系の上より、其の經濟的基礎に關聯せしめて考察するならば、それは、所謂近代的資本主義經濟組織と密接不可離の關係に立つものである。個人の自由なくして、近代的資本主義社會はあり得ないと同時に、資本主義の發展を外にして、近世の個人主義自由主義社會思想の發達を考へることは出來ない。

然らば、何故に、近世資本主義の發達が、家族制度の社會的重要性を、かくも喪失せしめる結果を招徠したので

あらうか。

思ふに、資本主義の發達は、之を經濟組織の變遷より言ふならば、所謂農業經濟組織より、商工業經濟組織への轉移を意味する。而して、所謂産業革命の成就によつて、現代の産業組織が完成せらるゝや、其の所謂資本主義制度の下に於ては、あらゆる商工企業は、全く家族團體の手を離れて、個人的事業として行はれるか、若しくは、株式會社等の營利團體の手によつて、共同企業として行はれる場合にも、家族團體とは全く無關係に、個人經濟的基礎の上に於ける協同事業として行はれ、何れにしても、産業組織と家族制度との關係が、全然隔離される樣になつた許りでなく、産業上に於ける個人の自由なる活動が要求せられる結果として、個人的自由を束縛するかの大家族制度の如きは、かゝる産業組織と全く相容れないものとなつたのである。蓋し、近代的企業組織の下に在つては、契約を締結せんが爲めには、各人は、各自の身體行動又は所有物に對して完全なる自由を有たなければならないからである。

それ故に、近代資本主義的産業組織の下に在つては、生産の爲に必要とせられる勞働は、全く家族生活とは無關係のものとなり、企業に關與するものは、只個人たる資格に於てのみ、之に加入するのであつて、決して家族の一員たる資格を以て、之に參加するものではない。

かくして、歐米の資本主義的社會に於ては、團體主義を、その構成原理とする大家族制度は、夙に崩壞し、個人的自由に基調を置く所謂小家族制度の下に在つて、各個人は、其の才能に從つて最も有利なる經濟業務に從事し、

成年男子の多くは外に出で、一定の社會的企業組織の中に入り込む許りでなく、資本主義の發達による生活難は、婦人及び年少者をも驅つて、社會的生産場裡に赴かしめつゝあるの現狀に在る。

是、往時に於て、家族が、殆んご唯一の生産團體として、家長の統制の下に、各家族員は、家長によつて命ぜられた家族的生産に從事するこ同時に、其の家族團體によつて生活が保障せられて居たのこ、甚だしく趣を異にする點であつて、現代歐米に於ける家族は、如何なる意味に於ても、最早生産團體ではなく、僅かに共同消費團體こして、其の經濟的機能の一部を殘存せしめて居るに過ぎない。かく、歐米に於ける家族團體は、其の經濟的機能の最も重大なる部分を、全く喪失せしめるこごによつて、完全に、社會組織の經濟單位たる實質を喪つたのである。是、歐米に於ける家族制度の社會的重要性が、著しく減少されたここの根本的原因である。

資本主義の發展につれて、家族の經濟的機能が減少するここは、家族制度の社會的重要性が喪はれるここの根本的原因であるここ、前述の通りであるが、併しながら、それこ同時に、資本主義の進展に伴ふて、國家的に、より高度に組織された部分社會が發達し、それ等が家族團體から、其の他の種々なる機能を奪ふこいふこごも亦、それの今一つの重要なる理由でなければならぬ。

歐米に於ける家族の諸機能が、國家又は自治體によつて收奪せられつゝあるの事實は、保險法、救貧法、養老年金法等の法律制度、並びに養老院、孤兒院又は感化院等の所謂社會施設の完備にも、明瞭に窺はれるこころであるが、是等の寧ろ特殊的なるものを除き、極めて一般的なるもののみに就いて考察しても、同樣の傾向が、容易に見

出される。

先づ、現代歐米に於ける教育制度を觀るに、教育に關する任務は、國家之を負擔して、家族は最早之に關與しない。歐米に於ても、教育制度の未だ完備せざる時代に在つては、子女教育の任務は、主として家族團體の負擔するところのものであつたのであるが、近世國家制度の完成されると同時に、教育の機能は、家族團體の手を離れて、國家の手に移つた。歐米各國は、國民の專門技術に關する教育はもとより、あらゆる高等並びに普通教育に至るまで、悉く、國家の文化的事業として之を行ひ、家族團體は、最早之に關與することなく、關與するとしても、そのことは、僅かに補助的意義を有するものにしか過ぎない。

近世的國家組織が、家族の諸機能を奪ひつゝあることは、單に其の文化的方面に於てのみではない。歐米に於ける立法は、明かに、家族の統制的機能をば否定して居る。卽ち、家族の成員中の一人が、權力を擁して成員の行動を統制するといふ樣なことは、尠くとも歐米の所謂文明國に於ては、之を發見することを得ない。家族の調和統一は、すべて、成員の自發的意志に基づくものであつて、個人の不法なる行爲に對する制裁は、すべて國家の手によつて加へられる。警察的取締と司法的處罰は、國家のみ之を行ひ得るものであつて、嘗て家長の手に在つた家族に對する生殺與奪の權の如きはもとよりいふまでもなく、家長權なるものは、法律の認めざるところであり、父母が子女の上に有する親權すらも、甚だしく國法の制限を受けて居る。

以上の記述を要約するに、歐米に於ける家族團體は、其の社會文化發達の必然的結果として、其の機能の大部分

を喪失することによつて、社會組織の單位たる性質と地位とを失ひ、個人が、これにとつて代ると同時に、大家族制度は、小家族制度となり、而かも此の小家族制度すら、動もすれば、崩壞の過程を辿らんとするの傾向に在り、家族制度の社會的重要性は、著しく、否、殆んど全く喪はれて居る。

### 第二項　支那の社會組織と家族制度

前項に於ては、主として近世的社會組織の下に於ける歐米の家族制度に關聯して、社會組織と家族制度との相關々係に關する一般的普遍的原則を明かにしたのであるが、この樣な一般的普遍的原則のみよりしても、容易に演繹し得られる通り、支那に於ける家族制度の社會的重要性は、叙上歐米に於けるそれとは、全く其の趣を異にして居る。

抑々東西古今を通じて、家族制度が其の社會組織の中に於て占むる地位の重要なること、支那の社會に於けるが如きものは尠い。それは、單に過去に於て然りしのみならず、現在に於ても亦同樣である。卽ち支那に於ては、今尙家族制度を、其の社會の基本組織として維持して居ることは云ふまでもなく、其の家族制度の社會組織の上に有する意義の重大なることは、他の如何なる國の歷史にも、殆んど、其の比を見ない程である。

此の事は、疑ひもなく、支那に於ける中世紀的社會經濟組織が、未だ以て其の原始的形式の家族制度を崩壞せしむるに至らないことに、其の最も主要なる原因の一を有つ。かくして、所謂歐米文明國では、社會構成の單位が、家族を超えて、既に個人であるが、未だに中世紀の時代に停滯して居る支那に在つては、社會構成の單位は、明か

に、家族である。卽ち、支那に於ては、社會的關係に於ける一體としての『家』が、飽迄肯定されて居る許りでなく、其の營む機能は、著しく廣汎多岐に亘り、形式的にも、亦實質的にも、家族が、社會組織構成の單位をなして居る。

思ふに、支那に於ける社會組織構成の單位が、個人でなくして、家族であるといふことは、一に、支那の村落社會構成の中に、最も明瞭に示されて居る。蓋し、支那は、今尙中世紀的農業國であつて、農村は、其の社會構成の殆んど全部を占めて居り、都市は、餘り重要な存在でない許りでなく、多くの都市は、單に擴大せられたる村落、若しくは村落の集合體に過ぎず、從つて、支那の全體社會そのものは、實は、農村社會によつて代表せられて居ると言つても、敢て過言ではないからである。のみならず、統計の示すところに據れば、支那に於ける農家戶數の全戶數に對する割合は、約九十五％であつて、（伊藤武雄氏著『現代支那社會研究』五六頁）支那に於ける全戶數の尠くとも九割までは、村落社會の組織內に抱擁せられて居るものと、考へることが出來るからである。

然るに、支那に於ける村落社會の構成を觀るに、其の組織の指導原理は、最も徹底せる家族主義であつて、卽ち各家族は、宗族なる一層大なる血緣團體に包括せられ、各部落は、多くの場合、二三の宗族の結合體であり、時としては、一宗族が一部落を形造る例も稀ではなく、又は、一宗族にして二以上の部落を構成する場合すらある。而して、一族一村制の場合は勿論、多數の異族が、其の村落の中に包含されて居る場合にも、村落の構成的單位は、飽迄も、家族であつて、個人ではない。

ころの自治機關を有し、官治行政機關卽ち縣知事衙門の下に、自治行政を布いて居る。

而して、かゝる組織を有する支那の村落は、原則として、其の構成要素たる宗族間の勢力均衡の上に安定すること村落自治の執行機關は、村長、村正、鄕長又は守事人等と呼ばれるものであり、是等は、村民から選擧若しくは指定せられて、縣知事が、其の地位を承認するものであるが、縣知事と雖も、村落自治體の內容に對して干涉を加へることは、殆んど不可能である。是、蓋し支那に於ける農村なるものが、外敵（馬賊土匪は勿論、時としては官憲も亦、恐るべき外敵たり得る）に對する共同防禦を、それの主たる目的とする自然發生的自治體たるに外ならないが爲である。

が、それは兎も角として、かくの如き村落自治體の基礎的單位を爲すところのものは、屢々指摘する樣に、個々の『家』であつて、斷じて個人ではない。何となれば、村落の自治に對して發言權を有するものは、個々の個人ではなくして、實は『家』を代表するところの家長に外ならない。村落自治の執行機關たる村長其の他の役員は、『家』を代表する家長によつて選擧せられるか、若しくは家族の有機的集團であるところの宗族の中から選出せられる。村落自治に對する發言權の大きさは、原則として、所有土地の價値に比例するが、而かも、かくの如き土地を所有するものは、家族の一員たる個人ではなく、家族若しくは宗族そのものである。更に又、村落の自衞に關する責任は、個人にではなく、『家』に對して均等に分配せられることを原則とし、自衞手段としては、永久的な保衞團を形造つて居る村落もあれば、必要に應じて臨時に團結する村落もあるが、何れにしても、各家族が、保衞の責任を

平等に分擔し、それぞれの家族から、之に必要な壯丁を派出することに變りはない。

以上は、支那の村落社會が、家族を、其の構成の單位として成立して居る事實を明かにしたのであるが、曩にも述べた樣に、支那に於ける都邑なるものの殆んど全部は、歐米又は日本に於ける近代的都市と頗る其の趣を異にして居り、單に擴大せられたる村落若しくは村落の集合體に過ぎない性質のものであり、且つ、支那に於ける全戶數の恐らく九割迄は、農村の組織内に包擁せられて居る現狀に在るのであるから、上述の樣な農村の社會構成は、同時に、支那の全體社會の構成組織であるに外ならないと斷定し得るのである。

卽ち、叙上を要約するに、支那の全體社會は、家族なる血緣的部分社會を、其の單位として成立し、此の單位が更に血緣に沿ふて結合したものが、所謂宗族であり、宗族は、全體社會に對して第二段の單位であると同時に、一個又は數個の宗族が、地緣的に結合して、村落自治體を形造り、これが、全體社會の地緣的單位となつて居るのである。

かくして、支那の社會組織は、家族の基礎の上に、所謂家族主義を、それの指導原理として築き上げられたものであつて、歐米の社會組織が、全く個人主義的基礎の上に打建てられて居るのと、根本的に、其の面目を異にして居る。

此の樣にして、支那に於ては、其の社會組織の單位を構成するものは、個人でなくして家族であり、家族の社會的意義は、遙かに、個人のそれを超えて居る。卽ち、個人は『家』を通じて社會を形造り、『家』に屬するが故に

各種の權利義務を有するに過ぎない。のみならず、支那に於けるあらゆる慣習並びに道德は、社會的關係に於ける最も重要なる存在としての『家』を、飽迄保障して居り、個人をして、全く『家』の支配に從屬せしめて居る。

而して、支那の家族制度なるものは、かくの如き社會の構成と機能とを維持せんが爲に、組立てられた、家族生活の規範であるに外ならない。

それ故に、支那に於ける家族制度が、其の社會の基本組織たることは、改めて云ふまでもなく、其の家族生活に關する一切の規範は、悉く支那に於けるあらゆる社會的規範の根柢をなすところのものである。此の事は、種々の點に窺はれるが、就中、支那に於ては、所謂孝道なるものが、社會道德の根本であると觀念されて居る一事に徵しても明瞭である。

### 第三項　支那に於ける大家族制度

前項に述べた樣に、支那の社會は、家族制度の基礎の上に立つて居るものであるが、現今の歐米に於ては、最早嚴密なる意味に於ける家族制度なるものは存在しない。勿論、歐米の社會と雖も、家族組織を有しない譯では、もとよりない。けれども、其の家族は、嚴密な如何なる意味に於ても、最早社會組織構成の單位ではあり得ない。歐米の立法は、明かに家族が社會組織構成の單位たることを否定して居る許りでなく、國民の社會的確信に於ても、個人を超へて家族を重要視する傾向は全くない。それは、最も嚴密な意味に於ける個人制度の社會であつて、夫婦及び其の保護の下に在る未成年の子の一團を、Family と稱するけれども、此の家族團體そのものは、法律上毫も特

別な地位を認められて居る譯ではなく、國家の法律上の構成分子は、直接に各個人であり、たゞ各個人に近親者として の特殊の權利義務關係が、認められて居るに過ぎない。尤も、日本に在つては、之と些か趣を異にして居り、日本親族法は、一方、財產關係に於ては、純然たる個人主義を採用しながら、他方には又、家族制度をも規定して居る。かくして、日本民法に規定された『家』は、親族法上の基本單位ではあるものの、而かも、此の『家』は、全く戶籍法上の形式的存在に過ぎないものであつて、現實の世帶卽ち實質的な家族とは、著しく緣の遠いものである。卽ち、日本現行の家族制度の下に於ては、形式上では、戶主の私法的統制の下に、家族が、集團的生活を營むといふ意味を持つて居るにも拘はらず、實際上は、必ずしもさうでなく、寧ろ、此の意味は殆んど失はれて居り、其の家族制度は、漸次に、純然たる個人制度に推移せんとする過渡期に在る。

然るに、飜つて、支那に於ける現狀を觀るに、『家』そのものが、社會上唯一の基礎的單位を構成して居ること、前述の如くである許りでなく、法律も亦、社會的關係に於ける一體としての『家』を飽迄も保障して居る。卽ち、支那に於ける現行の家族法は、先づ、家族制度の主觀的基礎としての家長權を規定して居り、次に、財產關係に於ても、原則として家族主義を採り、『家』の客觀的基礎としての家產制度を認めて居る。

かくして、支那法上の家族制度が、最も嚴密なる意味に於ける家族制度であるのは、云ふまでもなく、其の家族制度は、社會學上所謂大家族制度なるものに該當するのである。

社會學上所謂大家族制度と云はれるところのものは、家族の成員の數が大なるが故に、かく呼ばれるのではなく

其の特色は、員數の大小よりも、寧ろ、其の家族構成上の基本關係に存するのであつて、家族構成の基本關係が、其の家族の傳統維持卽ち親子關係に置かれる場合に於て、それは大家族制度であり、其の基本關係が、夫婦の協同關係に置かれる場合に於て、それは近代的小家族制度であるのである。然るに、支那では、其の長き歷史を通じて、何れの時代を問はず、血族の同居が奬勵せられ、所謂『五世同居』と云ふことは、唐代より淸末に至るまで、朝廷の旌表を受ける一つの資格とされた程であり、共和時代の現在に於てすら、法律は、依然として、父母の在世中に於ける子孫の同居を强制して居る。かやうに、支那に於て、古來子孫の同居が强制されたのは、畢竟、其の家族制度の重心が、血統若しくは傳統の維持といふことに置かれて居る爲であつて、從つて、其の家族制度に於て、親子關係が、夫婦關係よりも一層重要視されて居ることを、最も明瞭に立證するものであるに外ならず、法律に依つて强制された家族制度が、所謂親子關係中心の大家族制度であることは、之に據つて觀ても明白である。併しながら、法律上規定された制度は、常に必ずしも現實に實行される制度ではない。此の點に於て、支那に於ける家族制度を單に法規の上からのみ、考察するといふことは、時に甚だしい危險を伴ふのであるが、支那に於ける家族制度の現實に卽して、冷靜なる觀察を下す場合にも、其の中に所謂大家族制度の特質を、最も明瞭に看取せざるを得ない。

かくして、支那の社會は、所謂大家族制度が、今日に至るまで、全國的規模に於て、維持せられて居るところの殆んど唯一のものとして存在して居る。

而して、支那の社會が、今現に大家族制度の形式を維持して居るといふことそのものは、とりも直さず、其の社

會組織に於ける家族制度の重要性を、最も、雄辯に物語つて居る事實であるに外ならない。蓋し、大家族は、其の構成の形式に於て、極めて多數の人員を包容し、其の機能の形式に於て、著しく多岐廣汎なる作用を營むからである。

然るに、歴史的に考察すれば、西歐にも、過去に於ては、隨所に、大家族制度の形式をば、發見し得る。古代羅馬の家長的家族制度の如きは、卽ち、其の著例である。にも拘はらず、か丶る家族制度は、至るところ、社會の進步發達こ共に、廢滅に歸したものである。

然らば何故、ひとり支那の社會に於てのみ、それは、全き崩壞の運命を免れ得たものであらうか。

思ふに、社會制度の根柢には、必ず根强い經濟的理由がなければならない。蓋し、特定の社會は、其の經濟的要求こ矛盾するが如き社會制度をこるものではないこいふことは、社會科學上の普遍的原則であつて、決して支那の社會のみが、此の原則の例外たり得るものではないからである。從つて、支那に於て、大家族制度が、今日まで、全國的規模に於て維持せられて居るこいふことの最も重大な原因の一は、必然的に支那社會に於ける特異なる經濟的構造に歸せられねばならないのである。

かくの如き見地よりして、現代支那の經濟的構造を觀察するに、それの根本的特徵は、其の經濟組織に於ける著しき中世紀的性質である。

支那が、今尙中世紀的農業國であるこいふことは、敢て詳細なる檢討を加へるまでもなく、自明の事實であつて

其の全國的規模に於ける主たる生産方法が、所謂家族農業であるのは、云ふまでもなく、支那の經濟的機構が、著しく中世紀的色彩を帶びて居ることは、單に農業の部門に限らず、商工業に於ても、亦同樣である。即ち、支那に於ける工業企業の代表的形式が、手工業並びに家內工業であること、及び支那に於ける商業組織の基礎的單位をなすものが、親族又は朋友の合同經營に依る合夥(組合)制度並びに會館、公所、帮等のギルド的制度であることは、大小都市に於ける事實が物語るところに徵して、毫も疑を容るべき餘地がない。換言すれば、支那に於ては、今尙依然として、舊式企業形式たる家內工業及び合夥組織等が、近代的產物たる工場工業及び株式會社等に對して、斷然優位を保つて居るのである。

之によつて觀れば、支那の現在は、所謂產業革命以前の狀態に停滯して居るものであつて、今尙全國的に、中世紀的な生產方法の支配する社會であり、從つて、其の經濟組織が、著しく中世紀的、前期資本主義的特徵を有つて居るのである。

而して、支那に於ける大家族制度は、實に此の樣な經濟的基礎の上に、其の構成と機能とを、餘り甚だしく阻害されることなくして、今日に至る迄、依然として、維持せられて來たものであるに外ならない。蓋し、近世的生產方法が、大家族制度と根本的に矛盾するものであり、從つて、歐米に於ける資本主義的社會が、大家族制度を次第に崩壞せしめた事情に就いては、第一項に之を詳述した如くであるが、支那の社會に於ては、近世資本主義的生產方法の未發達の結果として、大家族制度崩壞の經濟的條件が不充分である許りでなく、其の中世紀的經濟組織は、

寧ろ、大家族制度を支持せんとするの傾向に在るが爲に、其の大家族制度が、今日に至るまで、尙全國的規模に於て、維持せられつゝあるのである。

然らば、何故に、支那に於ける中世紀的經濟組織が、其の家族制度を支持する傾向があるのであるか。

先づ、支那に於ける産業組織の代表的生産方法たる農業に就いて考察するに、次の如き考察が可能である。

思ふに、農業經濟社會に於て、大家族制度を維持するといふことに關しては、第一に、各個の家族に屬する土地の過小なる分割を免れ得ることによつて、土地を最大の生産要素とする農業そのものを維持して行く上に便利であり、第二には、家族內部に充分なる勞働力を抱擁して、其の最大能率を擧げ得ることによつて、農業の經營を、より有利に行ふことを得るといふ、二の重要なる經濟的理由が考へられる。卽ち土地と勞働力とを基礎とする農業に對しては、土地と勞働力の保有並びに利用の關係上、大家族制度は、小家族制度に比し、より適應せるものでなければならぬ。是、支那に於ける農業經濟組織が大家族制度を維持することに傾く最も重大な理由である。

支那に於ける最も重要なる生産方法であるところの農業そのものは、かくの如く、それの最も適當なる上部構造として、大家族制度を決定せんとする傾向があるのであるが、支那に於ける其の他のあらゆる中世紀的企業形式、例へばかの手工業家內工業若しくは合夥組織等の如きは、其の大家族制度を、積極的に、支持しないまでも、尠くとも、消極的に、之を崩壞せしめない重大なる原因を釀しつゝあるのである。否、寧ろ、支那の現狀に於ては、商業も工業も、共に自ら屈して、其の大家族制度に順應して居る形である。疑ふものは、如何に多くの家族的經濟活動

の舊態が、一般產業の顯著なる發達にも拘はらず、商工業の分野に、依然として、其の存在を續けつゝあるかを見よ。例へば、かの近代的大都市に於てすら、父祖の遺業を合同に相續した諸兄弟が、之を分割することなくして所謂合夥組織の下に、合同企業を經營することが、最も一般的な慣習となつて居ることの如き、卽ち其の著例である。

支那に於ける經濟組織の未發達が、其の大家族制度を支持する傾向に在ることは、上述によつて略々明瞭であるが、同樣の傾向は、支那に於ける國家組織の未發達といふ點にも、亦明瞭に現はれて居る。

かの所謂中世紀的經濟組織に附隨する支那の政治的機構が、中世紀的國家組織であることは、茲に改めていふまでもない。のみならず、支那に於ては、國家組織の末梢が、其の地緣的單位たる村落社會組織の內部に及ばず、官憲と雖も、村落自治體の內容に干涉することを得ざる狀態に在る。從つて、國家の政治的統制が、村落を構成する各宗族並びに家族の內部組織に作用する程度は、極めて尠い。

かゝる事情よりして、支那に於ける家族團體は、家族團體それ自體に一種の統制的機能を保有しつゝある許りでなく、國家組織の未發達の結果として現はれるあらゆる國家的施設の缺如は、家族團體の營む機能を、極めて廣汎且つ多岐に亘らせて居る。例へば、所謂義務敎育制度の缺如は、支那の家族團體をして、一種の敎育的團體たらしめて居るのは、云ふに及ばず、かの歐米諸國に、最も普遍的なる保險法、養老年金法、救貧法等の法律制度或は孤兒院、感化院、養老院等の所謂社會施設が營む一切の機能は、すべて、家族團體の手に、依然として、殘されたまゝである。

かくの如き廣汎なる機能を營む家族團體が、それ自體を大家族たらしむる傾向のあるのは、もとより當然の數であつて、例へば、支那の家族に在つては、出來得る限り子を多く產むことが要求せられて居るといふ樣なことも、一は家門の繁榮を希ふ家族主義的道德に立脚する一種の信仰に基づくものであるとは言へ、其の事の最も重大な理由は、寧ろ、支那では、子を育てることが養老年金の代りとなるといふ最も明かな事實に、其の出立點を有つのである。

かくして、支那に於ける家族制度は、國家組織の未發達若しくは國家の保護の不完全に起因して、依然として、古代的な大家族的構成を維持して居るものであるが、此の事は、根本に於ては、曩に指摘した樣に、支那經濟組織の未發達に、其の主要原因を有つ。蓋し、單に支那と謂はず、何れの社會に在つても、國家組織そのものは、實に經濟組織の上層建築たるに外ならないものだからである。

以上は、支那に於ける大家族制度が、未だに全國的規模に於て維持されて居ることの理由が、一に支那に於ける特殊なる經濟的環境、卽ち其の經濟發達の階段が、全體としては、未だに中世紀的若しくは封建的農業時代に停滯して居ることに在る事實を指摘したのであるが、併しながら、現在支那に於ける大家族制度のかゝる特異なる存在の原因は、單にこれのみに止まらず、實は、もつと深いところに潜んで居るのである。

もとより、吾々は、支那家族制度の構成と變革の過程に於ける經濟的作因の如何に强大なるかを知らねばならない。しかし、それと同時に、支那に於ける家族制度のかゝる特異なる構成の原因に就いては、それが、社會的に、

最も有力に支持せられつゝある思想上の根據をも、亦、決して等閑に附してはならないのである。支那國民の腦裏に今日でも、最も多量に殘存して居る封建的社會思想が、卽ちそれである。

既に述べた樣に、支那の社會は、之を歐洲各國に比較すれば、今尙大體に於て、中世紀の時代に停滯して居る。從つて、其の社會の思想的傾向も亦、必然的に中世的色彩を極めて濃厚ならしめて居る。かゝる社會の思想的傾向は、云ふまでもなく、封建的のそれであり、換言すれば、團體主義的のそれである。今日、尙思想的に、封建時代の空氣を呼吸しつゝある支那國民が、個人主義の何たるかを解せざるは、もとより當然の次第と謂はねばならない。所謂團體主義を、其の構成の指導原理とする支那の大家族制度が、今日、依然として社會的に存立し得る思想上の根據は、實に、此の點に在るのである。

卽ち、今少しく具體的に之を言へば、支那に於ける大家族制度が、現在に至るまで、かくも、確乎として維持されて居ることの最も强い原因は、それが、今も尙、支那の全體社會を支配しつゝあるところの家族主義的民族道德に、其の精神的基礎を有して居るが爲である。

支那民族が有つ多くの道德律の中で、最も重要なる德目は、いふまでもなく孝道である。而して、支那に於ける『孝』の社會的意義が、如何に廣汎且つ重大なものであるかは、通俗道敎が其の最も重要なる標語の一とする『萬惡淫首、百善孝先』なる言葉の中に、最も明瞭に示されて居る。所謂『孝は百行の基』といふ諺は、支那に於ては單なる比喩的敎訓としてではなく、實に、あらゆる人間行爲の基準として、最も現實的に妥當するところの社會的規

範たるの性質を有するものである。改めて云ふまでもなく、所謂孝道なるものは、其の本質上、家族道德の範圍を一歩も出でないものであるが、かくの如き德目を以て、其の社會の最も根本的なる規範とする點に、支那に於ける社會思想の著しい特色が看取されるのである。

思ふに、支那に於ける孝道なるものは、發生的には、父祖に對する畏敬の觀念に胚胎し、發達して、祖先崇拜の觀念となり、次で、之が社會統制の原理として、人爲的に强制せられた後には、所謂社會的規範として、道德的には勿論、法律上の保障をも受くるに至つたのであるが、古來支那に於ては、法律と道德との區別明かならず、寧ろ法律は道德の擁護を唯一の目的として制定されたものであるから、支那法と孝道とは、最も密接不可離の關係に立つて居るのである。支那法が孝道を擁護し、不孝罪を罰するの條項は極めて多く、殆んど枚擧に勝へない程である。是蓋し、支那に於ては、孝道が、道德の基本的德目であり、所謂禮敎の精髓をなすものであると同時に、家族制度を維持するが爲の根本的規範たるに外ならないからである。

上述の如き支那の民族道德並びに其の基礎の上に立つ法律的强制は、支那に於ける大家族制度を、今日にまで、維持し來つた最も有力な作因の一を形造るものである。卽ち支那社會組織の根柢をなすところの家族制度は、單に同族血緣者の自然的輯睦、若しくは、經濟的欲望の充足等の單純な結合紐帶の上に打立てられて居る許りでなく、更に、深刻且つ有力な道德的並びに法律的强制に基づいて、最も儼乎たる存在を保障されて來たのである。

飜つて思ふに、支那に於ける家族制度は、其の原始的形態に於ては、祖先祭祀の必要に基づいて制定された一種

の宗教的現範であつた。是、蓋し、支那が由來所謂祖先崇拜の國であつて、祖先祭祀を以て國家及び社會構成の指導原理としたが爲であるに外ならないのであるが、此の樣な家族制度は、尠くとも周代以來、法律的並びに社會的强制の下に、民間に普及せられ、其の傳統は、今日に於ても、依然として、動かすことの出來ない存在となつて居るのである。卽ち、支那に於ける現在の法律が、今も尙家族の宗教的性質若しくは祖先祭祀上の特質を、最も嚴格に要求して居るのはいふまでもなく、其の社會的慣習に於ても『家』は、依然として祖先祭祀繼承の爲の存在に外ならないものであると觀念されて居る。

換言すれば、支那に於ては、家族存立の目的は、祖先の祭祀を繼承することに在るとせられ、祖先の祭祀を營むといふことが、家族の最も重大な義務であるとされて居る。子孫を產むといふことは、祖祭の繼承者を得ることであると考へられ、婚姻は、祖祭を繼承すべき子孫を得る爲に必要なる手段であり、養子は、祖祭絕滅を防止すべき最後の手段であると考へられて居る。卽ち家族生活のあらゆる行動に於て、それが、何れも、祖先祭祀の必要に基づく行爲であると觀念せられて居る點に、支那に於ける家族制度の著しい宗教的性質若しくは祖先祭祀上の特質が、明かに、看取されるのである。

曩に述べた所謂支那の孝道なるものは、卽ちかくの如き家族制度の構成と機能とを維持せんが爲に人爲的に——卽ち法律的及び社會的に——强制せられた家族生活の規範たるに外ならないのである。

かくして、支那に於ける家族制度は、それが、祖先崇拜並びに孝道の禮教的規範に根據することによつて、一の

儼然たる道德的存在であるこ同時に、それは又、法律の保障を受けて居ることによつて、確乎こして動かすべからざる社會制度たる實質を保有して居るのである。

以上を要するに、支那に於ては、家族團體が、經濟上、明かに一の經濟單位たることは云ふに及ばず、道德上、並びに法律上に於ける基礎的結合こして、社會組織の構成的單位を形成して居るものであり、其の機能は、經濟的文化的並びに統制的のすべての範圍を包括して、極めて、複雜多岐に亘つて居る。それ故に、支那に於ては、家族團體が、社會上殆んご唯一の存在こして、直接に、社會組織の細胞を形造り、個人は、其の中に吸收せられて、何等其の重要性を認められない。是、卽ち支那に於ける家族制度が、其の社會の基本組織であるこ斷定される所以であるに外ならない。

## 第二節　家族制度の法律的基礎

凡そ、家族制度が、嚴密なる意味に於ける社會制度こして存立せんが爲には、尠くこも、次の如き二の法律的基礎がなければならぬ。

第一には、家長權又は戶主權こ呼ばれる統制的權力の存在を必要こする。此の權力は、蓋し、家族制度の主觀的基礎こも觀るべきものであつて、或る一の家族團體が、法律的意義に於ける家族こしての存在を維持せんが爲には是非こも、其の團結の中心こなるべき權力者卽ち家長戶主等の存在が必要こせられるのである。

此の點に於て、夫婦と其の保護の下に在る未成年の子との共同生活體を基礎とする歐米の所謂 family system は、最も嚴密なる意味に於ては、家族制度と呼ばるべきものではない。それは、嚴格には個人制度と呼ばるべきものであつて、法律的に言へば、親權夫權制度に外ならない。何となれば、歐米の親族的共同生活體たる所謂 family には、それを團結する法律上の連鎖として、夫婦關係に基づく夫權と、親子關係に基づく親權とがあるけれども、家族に對する家長又は戸主なるものがなく、從つて、家長權若しくは戸主權なるものは、其の存在を認められないからである。

然るに、之に反し、日本に於ける『家』には、法律上必ず、一人の戸主があつて、同じ家族の他の所屬員を統率する地位に立つて居り、戸主たる身分に伴ふて家族統率の爲に必要な權利義務卽ち戸主權を與へられて居るから、尠くとも、此の點に關する限り、日本は、明かに、家族制度を採つて居ると謂へるのである。

第二に、法律上所謂家族制度と呼ばれるものには、是非とも、家產制度の存在を必要とする。而して、家產制度とは、畢竟するに、家族各自の特有財產を認めない制度であつて、財產は、家若しくは之を代表する首長に所屬するものとし、且つ、之を所謂家產として、家族團體の維持存續等の目的以外には、猥りに費用することを許さない制度である。

而して、かくの如き家產制度こそは、家族の統制を鞏固にし、且つ之を永續せしめんが爲に必要なる客觀的基礎たるに外ならないものであつて、家產が存在することによつて、それに依據して生活する家族員の結合が鞏固となな

り、又それの支配權を掌握する家長若しくは戶主は、家族に對して、より一層强大なる統制力を揮ひ得るから、家族團體そのものの統制若しくは存續が、極めて容易に行はれるのである。

然るに、歐米の純然たる個人制度の下に在つては家產制度なるものはなく、財產は、純粹に個人の所有に歸して居り、個人の私有財產は、原則こして其の自由なる處分に委して居る。尤も、歐米にも、例へば、米國瑞西佛國等に於ては Homestead なるものがあるが、それは、玆に所謂家產制度こは、全然別個の制度であつて、要するに、個人的生活最小限度の保全を家族的に擴大せんこする社會政策的立法に基く特殊の制度であり、家族制度に必然的に附隨する家產制度ではない。

然らば、日本に於ては如何こいふに、日本の民法に現はれて居る家族制度は、毫も家產制度なる物質的基礎を有しては居ない。卽ち、財產は戶主又は家族の私有財產であつて、家產ではなく、『家』は財產こ全く無關係に、只戶主こ家族この人的結合たるに止まつて居る。それ故に、此の點に於ては、日本の家族制度は、それが最も純粹なる家族制度たらんが爲めの一要件を缺如して居るものであつて、尠くこも、財產關係に關する限り、寧ろ、純然たる個人制度に外ならないものである。

上述の如き家族制度に共通なる必須的要素こしての家長權又は戶主權こ家產制度こは、其のそれ〴〵の內容に就いては、自ら種々の差異あるを免れず、又必ずしも、其の二者が、常に相伴ふて存在するものではないけれごも、何れにしても、此の兩者が家族制度の構成こ機能こを決定する本質的要件であるとは爭ふべからざる事實である。

然らば、此の條件よりすれば、支那の家族制度は、果して、如何なる形態と性質とを有するものであらうか。思ふに、それは、最も完全にして純粹なる家族制度たるに外ならない。何となれば、支那の家族制度は、それの法律的並びに慣習的基礎として、家長權及び家產制度を具備して居るからである。卽ち、支那に於ては、家族員に對する統制手段としての家長權、並びに家族團體の物質的基礎としての家產制度が、法律の規定及び社會的慣習によつて、飽迄も其の存在を保障されて居るのである。

支那の家族制度に於ける家長權並びに家產制度に關しては、第三章及び第四章に之を詳述するから、茲には、それ等に關して、是以上說明するの必要を認めないが、兎も角、支那に於ける家族制度は、家族制度に不可缺な人的及び物的の是等二の要件を具備して居ることによつて、法律的には、完全にして純粹なる家族制度であるといふことが、明瞭に、指摘され得ると考へられる。

然らば、此の樣な支那の家族制度は、之を社會的見地に立つて觀た場合、それは果して如何なる機能を營むものであるか。是、次節に論述せんとするところのものである。

## 第三節　家族の社會的機能

思ふに、家族制度の社會的重要性は、一に、家族の營む社會的機能の中に示される。然るに、家族の社會的機能は、蓋し、次の三者に外ならない。

一、文　化　的　機　能
二、統　制　的　機　能
三、經　濟　的　機　能

今家族の營む是等各種の社會的機能に就いて、現代歐米及び日本に於ける家族の機能と、支那に於けるそれとを對比的に考察するならば、大體次の如くである。因みに、考察の範圍を、廣く歐米及び日本の家族にまで擴大したのは、支那に於ける家族制度の社會的重要性を明瞭ならしむる上に於て、比較研究の必要が痛感されたからである。

### 第一項　文　化　的　機　能

現代歐米及び日本に於ける家族は、最早文化的機能を營むことはない。先づ、宗教的機能に就いて言へば、其の家族が、毫も、祖先祭祀を營まむが爲に維持せられて居るものでないことは、言ふまでもないであらう。未だに、古い家族制度の餘波を止めて居る日本に於てすら、家は、祖先祭祀を永續せしめんが爲に存するといふ古い觀念が今尙保守的な道德思想の領域内に、僅かに殘存しては居るものの、而かも、法律上及び事實上、家の祭祀的特質は殆んど、否、全く失はれて居る。敎育的機能に至つては、歐米及び日本何れの家族に於ても、既に、之を發見することを得ない。義務として子弟の敎育を强制するものは、國家であり、敎育の任務に當るものは原則として、國家又は公共團體の設立にかゝる學校である。勿論、子弟の敎育が、家族の内部に於て行はれる場合もあるが、それは全く補助的意味を有するものに止まり、敎育の機能が、家族によつて、本具的に營まれるといふのではない。

要するに、歐米及び日本に於ては、宗教的教育的機能によつて代表せられる文化的機能は、家族そのものと、本質的には、何等の關係がないのである。

然らば、支那に於ける家族に在つては如何。

由來、支那の家族制度は、發生的には、祖先崇拜の觀念に胚胎し、祖先の祭祀を繼承して、之を永久に存續せしめるといふことを、其の最も重大なる目的として制定し、且つ强制された制度であるが、此の樣な目的は、固定化せられた制度並びに傳統的慣習の威力によつて、今も尙、支那に於ける家族團體が、現に追求しつゝあるところのものである。支那の現行家族制度が、今も尙依然として、祖先崇拜を、其の心理的根據として成立して居るものであるといふことは、祖先崇拜に關する慣習が、家族生活の如何に重大なる規範を爲して居るかといふ事實に徵しても明瞭である。

即ち、支那に於ては、如何に貧困なる家族に在つても、其の家屋內には、必ず祖先の牌位が安置され、朝夕の禮拜或は季節々々の祭禮を怠らないことが、家族員の最も重大なる義務とされて居る。のみならず、是等家族の有機的集團たる宗族は、殆んど、例外なく宗廟を有して居り、其の中の多少富裕なる家族は、別に家廟をも營んで居る。而して、此の種の宗廟及び家廟に關して、支那人自身が書いた Village Life in China の記すところは大凡、次の如くである。(Leong & Tao: Village and Town life in China. P. P. 22-24)

『一宗族の成員は、數百數千に達し、彼等は、共通せる一つの宗廟を有して、彼等の遠き祖先を祭る外、更に各

儼然たる道德的存在であると同時に、それは又、法律の保障を受けて居ることによつて、確乎として動かすべからざる社會制度たる實質を保有して居るのである。

以上を要するに、支那に於ては、家族團體が、經濟上、明かに一の經濟單位たることは云ふに及ばず、道德上、並びに法律上に於ける基礎的結合として、社會組織の構成的單位を形成して居るものであり、其の機能は、經濟的文化的並びに統制的のすべての範圍を包括して、極めて、複雜多岐に亘つて居る。それ故に、支那に於ては、家族團體が、社會上殆んど唯一の存在として、直接に、社會組織の細胞を形造り、個人は、其の中に吸收せられて、何等其の重要性を認められない。是、卽ち支那に於ける家族制度が、其の社會の基本組織であると斷定される所以であるに外ならない。

## 第二節　家族制度の法律的基礎

凡そ、家族制度が、嚴密なる意味に於ける社會制度として存立せんが爲には、尠くとも、次の如き二の法律的基礎がなければならぬ。

第一には、家長權又は戶主權と呼ばれる統制的權力の存在を必要とする。此の權力は、蓋し、家族制度の主觀的基礎とも觀るべきものであつて、或る一の家族團體が、法律的意義に於ける家族としての存在を維持せんが爲には是非とも、其の團結の中心となるべき權力者卽ち家長戶主等の存在が必要とせられるのである。

此の點に於て、夫婦と其の保護の下に在る未成年の子との共同生活體を基礎とする歐米の所謂 family system は、最も嚴密なる意味に於ては、家族制度と呼ばるべきものではない。それは、嚴格には個人制度と呼ばるべきものであつて、法律的に言へば、親權夫權制度に外ならない。何となれば、歐米の親族的共同生活體たる所謂 family には、それを團結する法律上の連鎖として、夫婦關係に基づく夫權と、親子關係に基づく親權とがあるけれども、家族に對する家長又は戸主なるものがなく、從つて、家長權若しくは戸主權なるものは、其の存在を認められないからである。

然るに、之に反し、日本に於ける『家』には、法律上必ず、一人の戸主があつて、同じ家族の他の所屬員を統率する地位に立つて居り、戸主たる身分に伴ふて家族統率の爲に必要な權利義務卽ち戸主權を與へられて居るから、尠くとも、此の點に關する限り、日本は、明かに、家族制度を採つて居ると謂へるのである。

第二に、法律上所謂家族制度と呼ばれるものには、是非とも、家產制度の存在を必要とする。而して、家產制度とは、畢竟するに、家族各自の特有財產を認めない制度であつて、財產は、家若しくは之を代表する首長に所屬するものとし、且つ、之を所謂家產として、家族團體の維持存續等の目的以外には、猥りに費用することを許さない制度である。

而して、かくの如き家產制度こそは、家族の統制を鞏固にし、且つ之を永續せしめんが爲に必要なる客觀的基礎たるに外ならないものであつて、家產が存在することによつて、それに依據して生活する家族員の結合が鞏固となな

一、文化的機能
二、統制的機能
三、經濟的機能

今家族の營む是等各種の社會的機能に就いて、現代歐米及び日本に於ける家族の機能こ、支那に於けるそれこを對比的に考察するならば、大體次の如くである。因みに、考察の範圍を、廣く歐米及び日本の家族にまで擴大したのは、支那に於ける家族制度の社會的重要性を明瞭ならしむる上に於て、比較研究の必要が痛感されたからである。

### 第一項　文化的機能

現代歐米及び日本に於ける家族は、最早文化的機能を營むこごはない。先づ、宗敎的機能に就いて言へば、其の家族が、毫も、祖先祭祀を營まむが爲に維持せられて居るものでないことは、言ふまでもないであらう。未だに、古い家族制度の餘波を止めて居る日本に於てすら、家は、祖先祭祀を永續せしめんが爲に存するこいふ古い觀念が今尙保守的な道德思想の領域內に、僅かに殘存しては居るものの、而かも、法律上及び事實上、家の祭祀的特質は殆んご、否、全く失はれて居る。敎育的機能に至つては、歐米及び日本何れの家族に於ても、既に、之を發見することを得ない。義務こして子弟の敎育を强制するものは、國家であり、敎育の任務に當るものは原則こして、國家又は公共團體の設立にかゝる學校である。勿論、子弟の敎育が、家族の內部に於て行はれる場合もあるが、それは全く補助的意味を有するものに止まり、敎育の機能が、家族によつて、本具的に營まれるこいふのではない。

要するに、歐米及び日本に於ては、宗教的教育的機能によつて代表せられる文化的機能は、家族そのものと、本質的には、何等の關係がないのである。

然らば、支那に於ける家族に在つては如何。

由來、支那の家族制度は、發生的には、祖先崇拜の觀念に胚胎し、祖先の祭祀を繼承して、之を永久に存續せしめるといふことを、其の最も重大なる目的として制定し、且つ强制された制度であるが、此の樣な目的は、固定化せられた制度並びに傳統的慣習の威力によつて、今も尙、支那に於ける家族團體が、現に追求しつゝあるところのものである。支那の現行家族制度が、今も尙依然として、祖先崇拜を、其の心理的根據として成立して居るものであるといふことは、祖先崇拜に關する慣習が、家族生活の如何に重大なる規範を爲して居るかといふ事實に徵しても明瞭である。

卽ち、支那に於ては、如何に貧困なる家族に在つても、其の家屋內には、必ず祖先の牌位が安置され、朝夕の禮拜或は季節々々の祭禮を怠らないことが、家族員の最も重大なる義務とされて居る。のみならず、是等家族の有機的集團たる宗族は、殆んど、例外なく宗廟を有して居り、其の中の多少富裕なる家族は、別に家廟をも營んで居る而して、此の種の宗廟及び家廟に關して、支那人自身が書いた Village Life in China の記すところは大凡、次の如くである。(Leong & Tao: Village and Town life in China. P. P. 22-24)

『一宗族の成員は、數百數千に達し、彼等は、共通せる一つの宗廟を有して、彼等の遠き祖先を祭る外、更に各

家族は、別に分脈たる低次祖先の廟をも有する。宗族中には、富める者、貧しき者等各樣の家族があるが、慣習として、富者は相依つて宗族中の貧困者を救濟する。又、全宗族は、共同の財產を有し、其の收入で祖先の祭事や墓地修理の費用を支辨する。宗廟では、每年各節日、祭日に盛んな祭儀を行ふ。其の時には、宗族の各員は、悉く出かけて祖先の靈位に禮拜する。廟には、多くの靈位がある。首位には、同族最古祖先夫妻の靈位を置き、其の左右に、其の子並びに其の妻の靈位を配する。（中略）宗廟には、末代に亘り、年中其の節日々々の祭事の儀禮を行ふに足る財產が附屬して居ることは、前述の通りだが、每年春秋二期に、全宗族各員は、先づ祖先の墓に參詣し、各家族は各自の近い祖先の墓を見舞ふ。而して、此の日を全宗族は公休日とする。』

之によつて觀れば、支那に於ける宗族なるものは、畢竟祖先祭祀を中心として、社會的に結合した一つの巨大なる家族たるに外ならない。而かも、支那社會組織の核心を爲すところの家族及び宗族なる二段の結合が、此の樣に祖先崇拜を、其の精神的根據として成立して居るといふことは、特に注目に値する點であつて、家族團體の宗教的性質こそは、支那に於ける社會組織の最も重要なる構成原理の一となつて居るものである。

更に又、支那の家族制度そのものが、祖先祭祀と如何に密接不可離の關係に立つて居るかといふことに關しては後章に於て、具體的に之を考察することとし、茲には、單に支那の家族そのものが、實は、一個の宗教團體としての機能を營む存在であることを指摘して置くに止める。

以上は、支那に於ける家族の宗教的機能に關するものであるが、教育的機能に關しても、それの有する意義は、

頗る重大である。何となれば、支那に於ては、未だ義務敎育の制度行はれず、子弟敎育の責任並びに權限は、全く家族及び宗族の手に委ねられて居るからである。子弟の敎育に關する一切の智的道德的技術的敎養並びに訓育は、悉く家族團體の責務とせられ、それ等の缺如によつて惹起されるあらゆる社會的非難は、總べて家族團體の上に加へられる。卽ち、支那に於ける家族なるものは、畢竟一の敎育團體たる性質を有するものであるに外ならない。

支那に於ける家族團體の敎育的機能が、如何に重大であるかといふことは、支那の初等敎育に關して、袁希濤氏の述べた左の如き一節に徵しても、明瞭に之を看取し得るであらう。（『最近之五十年』中の『五十年來中國之初等敎育』一―二頁）

『子弟の舊式初等敎育を授けられる場所は、大約左の七種である。第一は、家庭敎育で、身分のある家では、其の子女が四五歲になると、多くは父母から文字を敎へられる。一二年の後には、先生に就いて敎育を受けるのであるが、此の場合にも、夜になると父母の前で復習せしめられる。先生に就かないものは、父母自らが引續いて讀書及び習字を授ける。第二は、家塾である。中流以上の家では、多くは家庭敎師を傭ふて、其の子女の外に傍系親族や近邊の子供にも敎育を受けさせる。家塾に於ける生徒の數は、二三名から多くも十人以內である。第三は、門館である。敎師が自身の宅に塾を開いて隣近所の子供を敎へるもので、十人乃至二三十人を收容し、一人の先生が之を受持つものである。第四は、村塾である。村落の人民が、或は一家で或は數家が協力して敎師を傭ひ、學校を開き、村の子供達を集めて敎授するもので、其の程度は至つて低いことを普通とする。第五は、族塾

である。大族の家廟又は義莊內に、一族の子弟を教育する場所を設けるもので、就學者は束脩を要しない許りでなく、書籍や筆紙を給與される例もある。生徒の員數は、略々義塾と均しい。因みに、束脩とは、古くからの習慣で、教師に納めるところの謝禮を謂ふのである。第六は、義塾であつて、地方の公立學校である。或は、特志家の義捐金で設立せられ、或は、地方の共有財產で設立せられ、或は慈善機關や文化團體の設立するものもある。文昌會書院又は儒學に附設する初等教育機關の如きは、後者の實例である。第七は、官塾であるが、是は、地方長官が其の養廉銀を義捐して設立するもので、卽ち、義塾の一種である。

以上の中で、第一から第四までは、私家の經營するところの教育機關であり、第五は、一族の公有であるとは言ふものの、矢張り私家の經營に係る。第六及び第七のみが、公經營に屬するのであるが、其の數の少い許りでなく、僅少なる貧民子弟の爲に設けられるもので、教師の學力も生徒の成績も、至つて貧弱なのが普通である』

尤も、支那に於ても、最近二十年來所謂國民學校なる初等教育の新制度が、漸次に施行せられる樣になり、尠くとも、都市だけでは、外觀上新制度が、次第に舊制度を壓倒して、普及せられつゝあるかに觀えるのであるが、それにも拘はらず、其の就學兒童數の全學齡兒童數に對する百分率は、殆んど、問題にならぬ程低いものである。（前掲書中の統計が示すところに據れば、其の百分率二十二省平均は、僅かに八％に過ぎない。八－九頁）

所謂舊式教育機關に關しては、何等の統計をも示し得ないが、事實を基礎として想像し得る限りに於ては、支那に於ける新教育制度の勢力は、まだまだ舊教育制度のそれに遙かに及ばないと考へられる。從つて、かの舊式教育

機關の母胎を爲すところの家族及び宗族の教育的機能は、新制度による初等教育の外見上極めて迅速な進歩にも拘はらず、依然として、其の舊守に止まつて居るに等しいのである。

### 第二項　統制的機能

統制的機能に關しては、歐米の家族は、全然之を有しないけれども、日本に於ける家族は、多少之を保有して居る。卽ち、歐米の立法は、明かに Family の公法上の地位、並びに、家族員の一人が他の家族員を統制する私法上の權力を否定して居る。日本に於ては、家族を統制する地位に在る戸主なるものが存在し、戸主は、公法上に於ては、殆んど特權を有しないが、私法的には、多少の權利を與へられて居る。併しながら、日本親族法に於ける戸主權なるものは、形式的には可成り重要なものがあるとは言へ、實質的には、殆んど有名無實に近く、從つて、日本に於ける家族の統制的機能は、極めて、薄弱なものにしか過ぎない。

卽ち、歐米及び日本に於ては、家族の公法的統制機能は、全然認められぬといつても差支なく、私法上の統制的機能は、歐米の家族にはなく、日本のそれには形式的存在があるのみであつて、其の實質的効果は、殆んど認むることを得ない。要するに、歐米及び日本に於ける家族の統制的機能は、大體に於て、喪失に歸して居ることが認められる。

然るに、此の點に關しても、支那に於ける家族の機能は、歐米及び日本のそれと、本質的に、其の面目を異にしてゐる。

曩に、支那に於ける村落社會構成が物語る事實を基礎として、其の社會組織が、個人を單位とせず、家族を單位

とするものであることを論證したが、此の事は、同時に、支那に於ける國家組織の基礎が、個人でなくして、家族であることを示して居る。

何となれば、支那に於ては『家』は、既に社會組織の單位であつて、家族は、血緣に沿ふて宗族を形造り、宗族は、更に地緣的に團結して、村落を組織すること、既に述べた通りであるが、支那に於ける國家なるものは、實にかくの如き村落が聯合して、一の主權を保有する存在たるに過ぎないものだからである。

周代以來、支那の國家組織が、『家』を以て、其の構成の單位としたことは、周代五家の制、齊の管仲の五家の制並びに歷代の五家又は十家組合の制度、及び近世の保甲制度に徵しても、毫も、疑の餘地なき事實であるが、此の樣な事情は、所謂共和制となつた今日に於ても、些かも、往昔と渝るところはないのである。

尤も、純粹法理上より言へば、立憲共和政治下の現在では、家族と雖も成年に達すれば、完全に權利能力をも行爲能力をも賦與せられ、憲法亦個人を對象として、政治上に於ては、如何なる權利と雖も、國民の親族法的地位によつて左右せられることはない筈であるけれども、併しながら、完全なる國家組織を有せず、憲法も亦其の存在の甚だ明かならざる現在の支那に於て、か丶る形式的法理論の實際に適合せざるは、もとより云ふまでもあるまい。現に、支那に於ては、家長は、公法上の義務として、租稅納入の義務を負ひ、村屯行政上保甲制度其の他警察的取締上の責任者として、外部卽ち國家に對して、一家を代表する地位に立つて居る。

かくして、支那に於ける『家』は、明かに、公法上の地位を有し、國家組織の單位を構成して居るものと看做さ

るべきものであるが故に、其の統制的機能は、明かに、公法的意義を含むことが認められる。

卽ち、支那の社會は、所謂個人主義の政治的象徵たる共和制度を採用することによつて、外觀上家族制度の公法的意義を否定したかに觀えるにも拘はらず、事實上は、依然として、家族制度を國家組織の基礎たらしめて居るのである。のみならず、支那に於ける家族制度が、國家組織を超えて、如何に顯著なる存在を示して居るかは、孫文が、其の著『三民主義』の冒頭に述べた左の如き一節に徵しても、明瞭である。(同書二―三頁)

『支那人が最も尊重するところのものは、家族主義及び宗族主義である。從つて、今日の支那には、唯家族主義及び宗族主義があるのみであつて、國家主義がない。外國人には、支那人を散砂の樣だと批評するが、其の原因は那邊に在るか。一般人民は、唯家族及び宗族あるを知つて國家あるを知らないからである。支那では、家族及び宗族の團結力が、非常に强大であり、自己の屬する宗族を保護する爲には、其の生命を犧牲にするものさへ尠くない。例へば、廣東省に於ける異姓間の械鬪に於て、兩族の人々は、永年間幾多の生命財産を犧牲としても、依然爭鬪を已めないといふが如き、卽ちそれである。是、畢竟宗族觀念が極めて深刻であり、それが深く人心に浸透し切つて居り、其の爲に犧牲となるのを、毫も顧慮しないからである。然るに、一面國家に對しては、未だ一度もかくの如き旺盛なる犧牲的精神を發揮したことがない。誠に、支那人の團結力は、宗族の範圍に局限されて未だ國家にまで、擴大されることが出來ないのである。』

卽ち、支那に於ては、家族及び宗族なる部分社會が、極めて鞏固緊密なるに反し、より大なる社會卽ち國家の團

結は、極度に弛緩して居り、殆んど、其の存在が認められない程である。かくの如き社會組織に於ては、家族の統制的機能が、公法的にも、著しく擴大されて居るといふのは、寧ろ極めて當然の數であると謂はねばならない。

更に、又支那に於ける家族の私法的統制機能に至つては、其の存在を全然認め得ない歐米のそれはもとより問題外であるが、單に、其の形式的な薄弱な存在しか認めることの出來ない日本のそれよりも、遙かに實質的且つ强大なものであるが、是等に關しては、第三章家長權の項下に其の詳細なる說明を讓ることゝする。蓋し、家族の統制的機能は、實は家長權そのものの作用に外ならないからである。

### 第三項　經濟的機能

歐米及び日本に於ける家族は、現在に於ては既に生產團體たるの機能を失ひ、單に消費團體たるに止まつて居る。所謂資本主義經濟組織の下に於ては、あらゆる企業は全く家族團體の手を離れて個人的事業として行はれるか、若しくは營利團體の手によつて共同企業として行はれる場合にも、家族團體とは全然無關係に、個人經濟的基礎の上に於ける協同事業として行はれ、產業組織と家族制度とは、截然として、區別されてゐる。卽ち、企業に關與するものは、只個人たる資格に於てのみ之に加はるのであつて、決して家族の一員たる資格を以て之に從事するものではなく、生產の爲に必要とせられる一切の勞働は、家族生活とは、何等の關係をも有しない。

かくして、歐米及び日本に於ける大部分の家族は、最早如何なる意味に於ても、生產團體ではなく所謂社會的分業組織に倚依しつゝ、單に消費生活を共同にする經濟團體たるに過ぎないものである。

かくの如く、歐米及び日本に於ける家族團體は、資本主義の發展に伴ふて、全く生產團體としての機能を喪ひ、單なる共產的消費團體として、僅かに經濟的機能の一部を殘存せしめて居るに過ぎないのであるが、此の樣に、家族團體の經濟的機能が、漸次に縮少されてゆく傾向は、單に生產の部門に止まらず、更に進んで、其の消費的機能にまでも及んで居る。例へば、無產勞働者の家族の如き、或は、夫婦共に工場に働き子を顧みる暇なきが故に之を育兒所に託し、甚だしきに至つては、夫婦時を異にして勞働に從事する結果、互に生活を共にすべき機會すら、甚だ減少して、殆んど、家族生活を享樂することが出來ず、其の家は、今や全く僅かに共同的に雨露をしのぐべき合宿所たるに過ぎない現狀に在る。かくして、歐米等の近代的小家族に在つては、家族が經濟團體たる爲め極小機能をすら、漸次に喪失しつゝあるものと謂はねばならない。

然るに、之に反して、支那の家族が、最も緊密なる共產的消費團體であることは、もとより言を俟たない。のみならず、支那に於ける家族團體の多くは、單に、緊密なる共產的消費團體たるに止まるものではなく、更に、それ自身一個の明かな生產團體たるの性質を具備して居る。是、蓋し、支那に於ける一般的經濟組織の現狀――卽ち支那の農業國たる事情が、特に、家族的の生產方法を必要とし、家族をして、生產團體たらしむる結果であるに外ならない。卽ち、支那に於ける最も代表的な農家に在つては、殆んど、完全に近い家族農業が行はれて居り、明かに家族そのものを生產の爲の團結たらしめて居る。然るに、支那の經濟社會に於ける生產方法を代表するものは、いふまでもなく、農業であつて、其の社會に於ける恐らく九割迄の人口を包擁するものは、農家に外ならないと推定

されるのであるから、從つて、支那に於ける家族は、之を全體として觀た場合、尠くとも、其の大部分は、生產團體としての性質を具有して居るものであると言ふことが出來るのである。かくして、支那に於ける家族の經濟的機能の增加は、實に、共產的消費團體としての極小機能の上に、更に、生產團體としての機能を添加することによつて、其の增加の極點に位して居るものであると謂はざるを得ない。

支那に於ける家族の經濟的機能が、如何に廣汎且つ重大であるかは、所謂家產制度の存在に徵しても亦明瞭である。

支那の家族制度では、一切の財產及び家族の勞働の結果は、悉く『家』そのものに歸屬せしめられる。父祖傳來の家產は、家族團體に所屬する財產であつて『家』を存續せしめ、家族を扶養すべき資源であると考へられ、此の目的の爲以外には、一家の首長たる家長すら、猥りに之を處分することを許されない。家長及び家族の新たに所得したる財產又は收入は、之を所得者の特有財產とすることなく、家產若しくは一家共同の生活費に充當する。『家』に家產があり、家族員が之に依據して生活する場合はもとより、家產を有たない無產者の『家』に在つても、家族員は、個人としてではなく、只家族の一員としてのみ、衣食することが出來るのである。卽ち、彼等は、自ら自らの爲に働き、自ら自らを養ふのではなくして、『家』の爲に働き、『家』によつて扶養せられるのである。

かくして、家族員各自の一切の生產的及び消費的活動は、專ら『家』そのものを中心として行はれる。支那に於ける家族團體の經濟的機能が、如何に廣汎且つ重大であるかは、之によつても明瞭である。

以上を要するに、現代歐米及び日本に於ける家族の機能は、其の文化的統制的經濟的のすべてを通じて、著しく侵蝕せられて居り、若しくは、殆んど全く之を喪失して居る。思ふに、歐米及び日本の現狀に於ては、社會經濟の進步に伴ふて發生した資本主義的制度の爲に、家族の經濟的機能が吸收せられ、國家の發展につれて、より高度に組織された他の部分社會の爲に、家族の文化的統制的機能が收奪せられつゝあるといふのは、掩ふべくもなき眼前の事實であつて、而かも、此の事の當然の歸結として、歐米及び日本に於ける家族制度の社會的重要性は、今や、最も甚だしく失はれて居るのである。

是に反して、一方支那に於ける家族團體に在つては、其の機能が、著しく廣汎に亘つて居り、謂はゞ、殆んど一切の社會的機能を營んで居るの實狀に在る。卽ち、經濟的には、單に緊密なる共產的消費團體たるに止まらず、一個の有力なる生產團體として、社會組織の經濟單位を構成し、文化的には、宗敎團體であると同時に、敎育團體としての機能をも保有して居る。更に又、支那の家族が、其の統制的機能に於て、公法的私法的に、極めて重大なる役割を演じつゝあることは、歐米及び日本に於ける家族の到底比較すべくもないところである。

而して、支那に於ける家族の社會的意義を强調し、若くは、家族制度の社會的重要性を主張し得る根據は、正に以上の點に存ずるのであつて、支那に於ては、極めて廣汎且つ重大なる機能を有する家族が、個人を吸收して社會の單位を構成し、個人は、單に此の單位を通じてのみ、換言すれば、單に家族の一員としてのみ、其の社會組織の中に織り込まれて居るに過ぎないのである。

# 第二章　大家族制度の構成及び其の變革

現在支那に於ける家族制度は、大家族制度であると言はれて居る。而かも、支那に於ける現行の家族制度が、大家族制度であることは、疑の餘地なき事實である。

併しながら、支那現行の家族制度が、何故に大家族制度であるか、若しくは、それが如何なる態樣を有するが故に大家族制度であると謂ひ得るのであるか、換言すれば、支那家族制度の本質如何の點に至つては、未だ必ずしも明瞭にされては居ない。

此の點を明かにする爲に、本章では、實證的方法を以て、支那家族制度の闡明を試みんとするのである。蓋し、此の研究の爲には、實證主義が、最も適當な方法論であると考へられるからである。それ故に、本章では、死んだ抽象的概念から出發せずに、現實生活に卽した在りの儘の事實を基礎として、支那家族制度の生きた形態を、如實に考察しようと考へる。此の爲に、本章に於ては、實證の素材を、主として統計的事實若しくは實際の慣習に求め、支那家族制度の構成を、具體的に商量することを企てた。

而して、上記の方法に從つて、支那に於ける家族制度の大家族的構成が明瞭になつたとすれば、次に――否それに關聯して當然――考慮さるべき點は、かゝる大家族制度の將來に對する發展の可能性如何の問題である。

思ふに、大家族制度は、それ自體、一の原始的形式の家族制度である。一般家族制度史の敎ふるところに據れば

かゝる原始的形式の家族制度は、到るところ、社會經濟組織の發展に依つて、全く廢滅に歸した。然りとすれば、支那に於ける大家族制度も亦、必然的にかゝる運命を免れ得ぬものではないであらうか。若し果して免れ得ぬものだとすれば、現在に於ける支那の大家族制度には、其の將來に於ける崩壞の運命を豫示する何等かの表徵が呈示されては居ないであらうか。若しあるとすれば、それは果して如何なる程度に於てであらうか。

是等の點を明かにする爲に、本章の後段では、支那家族制度發展の過程を、唯物史觀的に考察して、支那に於ける現行家族制度の歷史的基礎を闡明し、此の歷史的認識と、現在に於ける家族生活の具體的事實とを基礎として、支那に於ける大家族制度の現狀及び其の將來を、實證的具體的に究明することを企圖したのである。

## 第一節　家族の人口包擁力

### 第一項　家族員數より觀たる人口構成

支那に於ける家族構成に就いて、第一に注意される一事は、家族團體內に於ける成員の數が、著しく多いことである。家族員數十人を包擁する大家族は特殊の例であるとしても、一般に支那に於ける家族の成員の數が多いこと換言すれば、其の人口包擁力の大なることは、容易に看取される事實である。

併しながら、統計的調査の甚だしく不完全を極めて居る支那に於ては、家族の平均員數が、幾何であるかを、數字的に正確に、表示することは出來ない。

支那に於ける人口及び戸口の統計は、前清末（宣統二年即ち一九一〇年）に於ける民政部の調査にかゝるものは勿論、民國國務院統計局のそれも皆不確實なる推測計算若しくは漠然たる概算たるに止まつて、毫も科學的考察の對象たり得るものではない。卽ち民政部の戸口及び人口調査は、支那に於て、尠くとも近代的方法で行はれた唯一の調査であるが、而かも、それは、戸口數字はともかくとして、人口統計に關しては全く失敗に終つた。民國に入つてから、國務院統計局は、各省區に於ける代表的地域に於て、世帶人口の標準數を發見し、これに依り全省の人口を算出し、これを基礎として各省其の前後に調査されたものを取捨案配して、全國的な人口統計表を作製した。而して、參考の爲右に使用された世帶人口の標準數を示せば、東三省に於ては、八・三八人、他省は五・五人といふ數字であつた。

此の外に、最近の統計としては、支那海關及び郵政總管理局の統計があるが、是とても、完全に信憑を置くに足るものではなく、支那に於ける一戸當り平均人口數を求める爲の資料とはなり難い。

かくの如く、支那に於ては、全國的に、一家當り平均家族數を求めることは、全然不可能であるから、正確に調査された部分的統計を基礎として、それを推定するより外に方法はない。部分的統計を基礎として、支那全國の一家當り平均家族數を、數字的正確さに於て、推定するといふことは、もとより、不可能であるが、併しながら、これによつて、尠くとも、大體の傾向丈けは、誤りなく、察知し得ると考へられる。

然るに、部分的統計といつても、支那官憲の調査による省別又は縣別の人口及び家口調査は、是亦信頼するに足

りないものであるから、玆では、科學的方法に從つて、事實の基礎の上に立つたもの丶みを擧げることゝする。

今、支那に於ける一戶當り平均家族數を推定すべき正確なる地方的統計として、關東廳の調査にかゝる關東州及び南滿洲鐵道附屬地に於ける支那人の戶數及び人口の統計をとり、之に依つて、一戶當り平均家族數を求むれば、關東州に於ては、

| 管轄 | 戶數 | 人口 | 一戶當平均家族數 |
|---|---|---|---|
| 旅順 | 一五、一六四 | 一〇五、七二五 | 六、九七二 |
| 大連 | 二三、二九三 | 一八二、六七六 | 七、八四三 |
| 金州 | 一四、三〇四 | 九五、三九一 | 六、六六九 |
| 普蘭店 | 一六、六四三 | 一二六、九九九 | 七、六三一 |
| 貔子窩 | 一七、二〇五 | 一二七、三一九 | 七、四〇〇 |
| 合計 | 八六、六〇九 | 六三八、一一〇 | 七、三六七 |

右の表は、大正十四年度『關東廳要覽』に掲げられた戶口表から、支那人の戶數及び人口を抽出して作製したものであるが、之に依つて觀ると、關東州に於ける支那人の一戶當り平均家族數は七、三六七である。

次に南滿洲鐵道附屬地に於ては、總戶數二三、八一八、總人口一六四、四五〇、一戶當り平均家族數六、九〇四とな

つて居る。

『滿洲農家の生産こ消費』（滿鐵調査報告書第十三卷）は、滿洲に於ける中農を標準こして、農家三十戸に就き其の家族員數を調査して居るが、それに據れば、一家構成の人員は、最多四十七人、最少四人、平均一九・〇六人を示して居る。併しながら、此の平均數に關しては、同書に次の如き斷り書きがしてある。

『之を前記關東州內及び滿鐵沿線に於ける一戸當り人口の七・五又は七・〇に比し頗る多きが如きも本調査數の少きこ農家經濟調査上、中農以上を多くこりたるこに依つて此結果を得た。然し一戸の家族數十人以下のもの調査戸數三〇に對して一七を占めて居るを以て見るも滿洲農村の一般的平均一戸當り人口は七乃至一〇人こ推定するここが出來る。』（同書九頁）

卽ち、『滿洲農家の生産こ消費』の著者は、前掲の調査を基礎こして、滿洲に於ける農村家族の平均人口數を、七人乃至十人こ推定して居るのであるが、此の推定を今少しく具體的ならしめる爲に、同書に揭げられた統計を、構成員數の多少によつて區劃的に配列して見るこ、次の様になる。

| | |
|---|---|
| 家族員數五人以下のもの | 四家族 |
| 同　六人以上十人以下のもの | 十三家族 |
| 同　十一人以上十五人以下のもの | 六家族 |
| 同　十六人以上二十人以下のもの | 五家族 |

| | |
|---|---|
| 家族員數二十一人以上のもの | 二家族 |

是によつて見るこ、家族構成員數六人乃至十人の家族が三十家族中十三、即ち全體の四三・五％を占めて居る。然るに此の六人乃至十人の員數を有する十三家族に就き、更に平均員數を求むれば、一家當り平均八・三人こなるから、三十の被調查家族中、平均八・三人の構成人員を有する家族が、最も多數を占めて居るこ謂へるのである。

東支鐵道經濟調查局が、北滿に於ける支那農家七十戸に就いて調查した結果に據れば、一農家當り平均家族數は一六・四八八五人こなつて居る。（滿鐵哈爾賓事務所調查資料『北滿農村經濟』四頁）但し此の數字に關しては、被調查家族が、多く大農に屬した事實を考慮に入れる必要があるが、それにしても、邊境農村の平均家族員數が、斯く著しく多い點は、特に注目に値する。

支那本部に於ける統計に就いては、曩にも述べた樣に適當な資料がない。只是に關して、最も參考こなるべきものは、民國十五年四月十七日發行の『現代評論』に發表された李景漢氏の調查である。李氏は京兆武清縣下に在る甄家營こ名づける一農村に就いて、事實に基き周到なる統計的調查を試みて居る。而して、甄家營は、全村總戸數三百六、人口三千餘の大村落であるが、其の中の八十二の家族に就いて、李氏が實地に調查したところに據るこ、

| | |
|---|---|
| 家族員數一人乃至五人のもの | 四十二家族 |
| 同　六人乃至十人のもの | 三十家族 |
| 同　十一人乃至十五人のもの | 六家族 |

家族員數十六人乃至二十人のもの　　三　家族

同　　二十一人のもの　　一　家族

而して、八十二家族に對する、家族員總數五百十七人であつて、一家當り平均家族數六・三人といふ數字を示して居る。

此の數字は、前記滿洲に於ける數字と多少の開きを見せて居るが、其の他の統計に照らし合はせて考へてみると恐らくこれは、支那農村に於ける平均家族數の殆んど最低限度を示して居るものと思はれる。現に、同じ京兆地方に於ける他の農村に就いては、『北京滿鐵月報』（通刊第二十號）所載『北京北郊農村調査』に據れば、宛平縣下に於ける七ヶ村の農家一戶當り平均家族數は、七・五六人を示して居る。（同書五八頁）

以上極めて部分的な、其の意味に於て甚だしく不完全な二三の統計によつて、支那に於ける家族構成の員數に就いて平均的數字を列擧したが、是等の數字に依つて一般的判斷を下して見ると、支那の家族團體に於ける家族員の數は、尠くとも、比較的多いと謂へる。何となれば、歐米及び日本に於ける家族が一家族につき僅かに四人乃至五人平均の家族員を有するに過ぎざるに反し（註）、支那の家族に於ては、少くも六人以上、多くは七乃至八人の平均家族數を有するからである。のみならず、支那に於ては、至る處に存在するところの數十の家族員を擁する大家族の如きは、多分に大家族的傾向を有して居る日本に於てすら、容易には、發見し難いものである。

（註）大正九年十月の第一回國勢調査に於ける日本の一世帶平均人員は四・九九人、歐洲に於ては、既に十九世紀末に於て、佛國に於

ては三・五七人、獨乙に於ては四・六六人、墺國に於ては四・八四人、英國に於ては四・七人、米國に於ては四・九二人となつて居る。（社會經濟體系第八卷一二四頁）

以上の事實を、更に明確に立證するものとして、關東州に於ける左の如き統計を擧げることが出來る。（『大正九年十月一日關東廳臨時戶口調查記述篇』四三頁）

世帶大小別統計

| | 日本人 | 支那人 | 世帶大小別百分比例 | |
|---|---|---|---|---|
| | | | 日本人 | 支那人 |
| 單獨世帶（單身） | 三、四六七 | 三、九一五 | 八・五 | 三・八 |
| 小世帶（二人——三人） | 一八、八六五 | 二三、四六八 | 四六・二 | 二二・八 |
| 中世帶（四人——十人） | 一七、五〇八 | 六一、一〇六 | 四二・八 | 五九・五 |
| 大世帶（十一人—二十人） | 九一〇 | 一一、四六六 | 二・二 | 一一・一 |
| 最大世帶（二十一人以上） | 一六六 | 二、八五八 | 〇・三 | 二・八 |
| 合計 | 四〇、九一六 | 一〇二、八一三 | 一〇〇・〇 | 一〇〇・〇 |

卽ち此の統計に據れば、日本人の各世帶中、最も高率なるものは、小世帶四六・二％、次は中世帶の四二・八％であつて、大世帶は二・二％、最大世帶は、〇・三％に過ぎざるに反し、支那人の世帶に於ては、最も高率なるものが

中世帶五九・五%であつて、小世帶二二・八%之に次ぎ、大世帶一一・一%、單獨世帶三・八%、最大世帶二・八%の順になつて居る。而して、支那人に於ける大世帶以上の高率なることは、日本人世帶の遠く及ばないところであるが、反對に小世帶以下は、日本人の世帶が、遙かに高率を示して居る。之に依つて觀ても、支那に於ける家族が、比較的大世帶であること、卽ち、其の家族構成の人員が、比較的多いといふことが明瞭である。從つて、此の點に於て、換言すれば、家族構成の形態が、數量的に大である點に於て、支那の家族組織が、所謂大家族的構成を示して居るといふことが出來るのである。

**第二項　家族の身分上の地位より觀たる人口構成**

前項に於ては、支那に於ける家族構成に就いて、其の成員の數が多いこと、卽ち、家族構成の形態が、數量的に大であることの論證を試みたのであるが、次に問題となるのは、此の樣な家族團體內に於ける成員の身分上の地位によつて觀たる人口構成の狀態如何といふことである。換言すれば、人々が如何なる身分關係に於て家族を構成して居るか、卽ち、家族の質的包擁力如何といふことが、次の問題となつて來るのである。而して、此の家族構成の質的考察は、支那に於ける家族組織の硏究上極めて重要な意義を有つものであつて、單に支那の家族に包擁せられて居る人口が比較的多いといふ樣な結論は、其の家族組織の本質を理解する上に於て、寧ろ第二次的意義をしか有して居ないのである。

支那の家族團體內に於ける身分上の地位別による人口構成の狀態如何、卽ち、如何なる身分關係に於て人々は家

族を構成して居るか、更に言ひ換ふれば、家族團體内に於ける地位によつて觀たる人口が如何に分布されて居るかといふことを考察するに當つて、最も不都合を感ずるのは、これに關する統計的資料を全く缺如して居ることである。

支那の家族に於ける地位別による人口構成の調査は、支那政府或は其の他の官廳の戸口統計は論外としても、關東廳の戸口調査に於てすら行はれて居ない。それ故に、茲では、僅かに、與へられた資料の範圍内に於て、前記の様な支那家族構成の大體の狀態を觀察するより外に致し方がない。

曩に引用した『滿洲に於ける生產と消費』は、滿洲に於ける三十の家族に就き、家族の員數及び各員に就いての地位を記述して居るから、(同書二一頁以下)是に據り、家族内にある人員を其の身分上の地位に依つて配列してみると、凡そ次の如くである。

| 身分上の地位＼家族番號 | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 | 20 | 21 | 22 | 23 | 24 | 25 | 26 | 27 | 28 | 29 | 30 | 地位別による家族員數 | 戸主百に對する割合 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 戸主 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 三〇 | 一〇〇・〇〇 |
| 妻 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | — | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 一 | 二九 | 九六・六七 |
| 妾 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一 | 三・三三 |
| 父 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一 | 一 | — | — | 一 | 一 | — | — | — | 五 | 一六・六七 |
| 母 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | 一 | — | — | 一 | 一 | — | — | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一 | — | 一 | — | 七 | 二三・三三 |

| | 叔父 | 叔父の配偶者及從妹 | 子 | 子の配偶者 | 孫 | 孫の配偶者 | 曾孫 | 娌 | 弟 | 弟の配偶者 | 甥 | 甥の配偶者 | 甥の息娌 | 妹 | 家族別による家族員數 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | — | — | 一 | 一 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 七 |
| 2 | — | — | 二 | 一 | — | — | — | 一 | — | — | — | — | — | — | 六 |
| 3 | — | — | 三 | 三 | 一〇 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一八 |
| 4 | — | — | 三 | 一 | 三 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 九 |
| 5 | — | — | 二 | 一 | 二 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 七 |
| 6 | — | — | 二 | 一 | 五 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一〇 |
| 7 | — | — | 二 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 四 |
| 8 | — | — | 一 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 四 |
| 9 | — | — | 一 | — | — | — | — | 一 | 四 | 四 | 八 | — | — | — | 二〇 |
| 10 | — | — | 二 | 二 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 九 |
| 11 | — | — | 八 | 二 | 六 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一八 |
| 12 | — | — | 一 | 一 | 四 | — | — | 三 | — | — | — | — | — | — | 一二 |
| 13 | — | — | 二 | 一 | — | — | — | — | 一 | — | — | — | — | — | 七 |
| 14 | — | — | 四 | — | — | — | — | — | 四 | 二 | — | — | — | — | 一三 |
| 15 | — | — | 四 | 四 | 二 | — | — | 一 | 一 | 一 | 四 | 一 | — | — | 二九 |
| 16 | — | — | 四 | 四 | 二一 | 五 | 八 | — | 一 | 一 | 二 | 二 | 七 | — | 四七 |
| 17 | — | — | 二 | — | — | — | — | — | 一 | 一 | 一 | — | — | 一 | 九 |
| 18 | — | — | 二 | 二 | 二 | 二 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | 一〇 |
| 19 | — | — | 三 | 三 | 六 | 一 | — | — | 一 | 一 | 三 | — | — | — | 二〇 |
| 20 | — | — | 二 | — | — | — | — | 二 | 二 | 二 | 二 | — | — | — | 一三 |
| 21 | — | — | 二 | 一 | 一 | — | — | 一 | — | — | — | — | — | — | 七 |
| 22 | — | — | 二 | 一 | 一 | — | — | 一 | 四 | 四 | 五 | 一 | — | — | 二一 |
| 23 | — | — | 四 | 二 | 三 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一三 |
| 24 | — | — | 三 | 三 | 五 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一三 |
| 25 | — | — | 一 | — | — | — | — | 一 | — | — | — | — | — | — | 四 |
| 26 | — | — | 一 | 一 | — | — | — | 一 | 一 | 一 | 一 | — | — | — | 九 |
| 27 | — | — | 三 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 八 |
| 28 | — | — | 一 | 一 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 五 |
| 29 | 一 | 二 | 二 | 二 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | 一二 |
| 30 | — | — | 二 | 二 | 三 | 一 | — | — | — | — | — | — | — | — | 一〇 |
| | 一 | 二 | 七二 | 四二 | 七七 | 九 | 九 | 一三 | 二〇 | 一七 | 二六 | 四 | 七 | 一 | 三二一 |
| | 三・三三 | 六・六六 | 二三六・六七 | 一四〇・〇〇 | 二五六・六七 | 三〇・〇〇 | 三〇・〇〇 | 四〇・〇〇 | 六六・六七 | 五六・六七 | 八六・六七 | 一三・三三 | 二三・三三 | 三・三三 | — |

右に掲げた表によつて、支那に於ける現在の家族が、如何なる身分關係を以て、一家を構成して居るかを、大體明瞭にすることが出來ると考へられる。尤も、右の調査は、滿洲に於ける極めて僅少な家族に就いての調査であつ

て、かくの如き貧弱なる斷片的資料を基礎として、直ちに、支那に於ける家族構成の一般的形式を推定するといふことは、多少冒險の譏を免れないが、併しながら、支那の社會に於ける家族構成の形式といふものは、各地方によつて、又各家族によつて、餘り甚だしい差異を持つものではないと思はれるから、上記の如き、極めて少數の家族に就いて觀察しただけでも、大體の傾向だけは、誤りなく推定し得ると考へられる。

若し此の推定を許すとするならば、支那に於ける家族構成に就いて、左の如き斷定が下される。

第一に、家族團體内に於ける構成員の身分上の地位が、至つて複雜である。

卽ち、一家族を構成する要素は、單に直系親族のみならず、多數の複雜なる傍系親族を含んで居る。一家内に同居する兄弟の數が多く、從つて、其の配偶者及び甥姪の配偶者、及び其の子等、其の他、伯叔父母及び從兄弟姉妹をも、同一家族内に包容する。妾も亦、家族の一員として、家族構成の一要素である。

かくの如く身分上の地位の極めて複雜なる者が、一家の構成員として、存在するといふことは、畢竟、家族構成の範圍が、質的にも擴大されて居ることを意味するのであつて、量的に其の成員の數が多いといふことと共に、支那に於ける家族組織の重大なる特徴を形造つて居る。

第二には、同時に家族的共同生活をして居る世代數が極めて多い。

卽ち、普通一家内には親子孫の三代が同居して居る。時としては、親の上に祖父母があり、孫の下に曾孫があるかくして、四世代又は稀に五世代の血族を含むことがある。而かも、單に直系の親族許りでなく、傍系の親族に就

いても、亦同様の傾向が存在する。

此の事は、然らば何を意味するかと言へば、いふまでもなく、支那に於ける家族の包擁力が、單に横の關係に於てのみならず、縱の關係に於ても、極めて廣汎なることを明示して居るものであつて、家族の成員が、世代の續く限り、同一家族内に同居して分家しないことを原則として居るのは、支那の家族組織に於て、最も注意さるべき重要なる特質である。

既に述べた如く、支那の家族構成に就いて、以上の一般的判斷を下すべき基礎として、茲に用ひた資料は、極めて貧弱不完全なものではあるが、それから抽出された上記の結論は、大體に於て正しいと信ぜられる。而かも、是を以てすれば、支那に於ける家族組織が、所謂大家族的構成を持つて居ることが、明かに看取される。卽ち、支那の家族組織は、外的には其の構成員の人口が多いこと、内的には其の中に家族的協同生活をして居る世代數が多いこと、從つて、それが包擁する家族員の身分關係が複雜なること、要するに、家族の包擁力が、量的にも質的にも大であることの特色によつて、明瞭に、大家族的構成を示して居るのである。

以上に於て、支那の家族が、其の人口包擁力の大であること、從つて、それが、所謂大家族であることの論證を試みたのであるが、併しながら、社會學上の嚴密なる意味に於ける所謂大家族なるものの特徵は、必ずしも、單に家族團體の包擁力が大であるといふ一點に盡きるものではない。

然らば、支那の家族が最も嚴密なる意味に於て、所謂大家族と呼ばれるのは、果して如何なる理由に基くのであ

らうか。是次節に論述せんとするところである。

## 第二節　大家族制度の特質

一般に、多數の家族員を包擁し、其の中に、家族的協同生活をして居る世代數が多く、若しくは家族構成員相互間の身分關係が複雜なること等は、大家族の重要なる特徴ではあるが、此の樣に、多數の員數や又は數世代の員數を含む家族は、小家族制度である歐米にも存在すると同時に、家族員數も少く、二世代若しくは一世代のみの成員から成る家族は、支那にも、最も普遍的である。

それ故に、かくの如き員數の大小又は世代數の多少若しくは構成員の身分上の關係の複雜なるか簡單なるか等の特色、即ち家族に於ける人口包擁力の大小のみによつて、大家族であるか小家族であるかを決定せんとする素朴的な企ては、畢竟、失敗に歸せざるを得ない。

然らば、或る家族に就いて、それが大家族であるか小家族であるかを決定すべき本質的特徴は何であるか。

凡そ、家族の中心をなすところの成員は、夫婦と親子とであるが、此の夫婦及び親子關係の兩者中、何れが、より多く家族の中心的要素であるかに着眼する場合、家族の形式を、二の種類に分つことが可能である。一は夫婦關係中心の家族であり、他は親子關係中心の家族である。

而して所謂大家族と小家族とを分つべき本質的特徴は、實に、此の點に求められねばならないのである。

卽ち、夫婦中心の家族とは、家族構成の基礎を、主として夫婦なる成員の協同に置くものであつて、親子の協同を除外するといふのではないが、之を夫婦のそれよりも下位に置くのである。換言すれば、此の種の家族に在つては、親子關係は、家族の基本的要素たる夫婦關係から自然的に派生したものであるが故に、家族結合の原本的基礎とはなり得ない。それ故に、子は其の婚姻以前には、父の家族の一員であるが、他の者と夫婦關係を結べば父の家族を脫離して、彼の夫婦關係を中心とする新たなる家族を組織するのが原則である。從つて、かゝる家族に在つては、其の構成員は比較的少數であつて、而かも、其の時間的存續が、一代に限られるのである。是、卽ち、近世歐米に行はれつゝある所謂小家族なるものであるに外ならない。

是に反して、親子中心の家族は、之と些か趣を異にして居る。親子中心の家族に在つては、夫婦關係は、寧ろ、單に親子關係を發生せしむる手段たるに過ぎない。勿論夫婦關係も亦、家族成立の重要なる要素であるには相違ないが、而かも、これを親子關係に比較すると、其の重要の程度は、遙かに低い。家族の基礎は、飽迄も親子關係であつて、夫婦關係は、それに對して、僅かに第二次的要素たる地位を占めるのみである。卽ち、親子の協同が夫婦の協同よりも一層重要視せられ、從つて、家族成立の重點は、夫婦の相互關係よりも、寧ろ親子の相互關係の上に置かれて居る。それ故に、かゝる種類の家族に在つては、原則として、子は婚姻の後も、親の家族を離れない。從つて、其の家族構成員の數が、自然に多くなる許りでなく、親子の協同生活は、世代を通じて行はれ、家族の時間的存續が、數代に亘つて行はれることを特色とする。是、所謂大家族なるものに外ならない。

之を要するに、所謂大家族こ呼ばれるこころのものは、其の成員の數が大なるが故に、かく呼ばれるのではなく其の特色は、員數の大小よりも、寧ろ其の家族構成上の基本關係に存するのであつて、家族構成の基本關係が、親子の協同に置かれる場合には、それは大家族であり、其の基本關係が、夫婦の協同に置かれる場合に於ては、それは小家族こ呼ばるべきものである。

而して、支那の家族が、大家族であるこ謂はれるのは、畢竟、それが上述の如き、大家族の特徴を具備して居るが爲に外ならず、單に、家族の人口包擁力が、大であるこさの特質によつてのみ、かく斷定されるのではないのである。

支那の家族が、夫婦關係中心の家族でなくして、親子關係中心のそれであるこいふここは、左の如き種々の點に最も明瞭に示されて居る。

抑々支那の家族制度は、祖先祭祀を其の心理的根據こして成立し、祖先の祭祀を繼承して之を永久に保存するこいふここが、家族の最も重大なる目的こされて居る。支那に於ては、如何なる水呑百姓の小屋を訪れて見ても、其の家屋内の最も神聖な場所である土間の正面には、必ず祖先の靈位が安置せられ、家族員は、之に對して朝夕の禮拜並びに季節々々の祭禮を怠らない。富裕なる家族に在つては、別に家廟を有し、祖先の祭禮は、最も嚴格に行はれて居る。祖先祭祀の觀念は、上下貴賤のあらゆる社會層を通じて、人々の精神生活感情生活に深く浸透し切つて居る許りでなく、此の觀念に根差した多くの習慣が、支那に於ける家族並びに社會生活上、最も重大な役目を演じ

て居る。

實に、支那に於ける、家族制度の最も重要な特異性は、それが、著しく宗教的性質、若しくは祖先祭祀上の特質を有する點に在るのであつて、此の事實を看過して、支那家族制度の本質を理解することは、到底出來ないのである。

然るに、支那に於ける家族存立の目的が、既に祖先の祭祀を繼承して之を永久に保存するといふことに在る以上、所謂家系の連續（それはとりも直さず家族傳統の維持を意味する）といふことが、此の目的に適應する爲の手段として、最も重要視されるのは必然である。

支那に於て、家系の連續といふことが、如何に尙ばれて居るかといふことは、系圖或は舊家を特に尊重する社會的習慣が、如何に根强い存在を示して居るかに徵しても明瞭である。支那に於ては、如何なる家族と雖も、系圖卽ち家譜若しくは族譜を有たないものはない。貧しい出稼人の家でさへも、其の家の祖先の名を書込んだ一枚の紙片を、最も大切に保存して居る。

家譜は、謂はゞ、一家の歷史若しくは履歷書の如きものであつて、家系の連續を實證するものであるから、各家族は殊の外、之を鄭重に保存するのである。

尙、又支那には、世代を重ねて存續して居る所謂舊家を尊重する社會的傾向がある。支那に於ては、舊家が、單に舊家なるが故に、社會的尊敬を受けるといふことは、其の日常生活に極めて普通の事實である。卽ち、單に自己

の屬する『家』の古いことを誇りとする許りでなく、他人の『家』に就いても、其の舊家であることに對して敬意を拂ふ習慣がある。而かも、農村に於て、世代を重ねて存續して居る舊家が、其の村の誇りとして尊重せられる樣な風がある許りでなく、都市に於ても、同樣に古い家柄の家族が尙ばれる。

以上の如く、支那には、舊家を尙び、家譜を尊重するといふ社會的慣習があるのであるが、かくの如き習慣は、畢竟、家系の連續を尊ぶ精神が深く支那の社會意識を支配して居るが爲であつて、此の事を度外視して、上記の如き習慣の存在を說明することは不可能である。

此の樣に支那の家族に在つては、家系の連續といふことが、最も尊重せられるのであるが、而かも、かくの如く家系の連續を要求せられる家族の構成に關しては、何よりも先づ親子の連續といふ縱の關係が、最も重要視されねばならないのは、もとより當然である。蓋し、家系を連續せしめ、祖先の祭祀を永續せしめんが爲には、血統の子孫を得るといふことが、最も大切であると同時に、かゝる目的を有する家族に在つては、親子の緊密なる協同關係が、是非とも必要とせられるからである。

尤も家系を連續せしめ、祖先祭祀を繼承すべき血統の子孫を得る爲には、是非とも婚姻が必要であるが、而かも婚姻に依る夫婦關係は、親子關係に對して、第二次的意義を有するに過ぎない。換言すれば、夫婦協同の橫の關係は、家族構成の重點をなすものではなく、家族構成の重心は、飽迄も親子關係に在るのであつて、夫婦關係は、只親子關係を發生せしむべき母胎としてのみ、尊重せらるゝに過ぎぬ。

而して、かくの如き家族に在つては、子は常に親の『家』を繼承し、祖先の祭祀を永續せしむべき義務を有ち、猥りに親の『家』を離れることを許されない。それ故に、子は、婚姻の後も、親の『家』を離れることなく親が死亡しても、直ちに親として立ち、此の樣にして、親子關係中心の協同生活は、世代を通じて繼續せられ、而かも、此の事の當然の歸結として、家族の傳統が維持せられ、家系の連續が可能となるのである。是卽ち支那に於ては、古來所謂數世同居といふことが奬勵せられ、共和時代となつた今日に於てすら、法律が父母の在世中に於ける直系卑屬の分家を禁止して居る所以である。

かくして、支那に於ける家族制度の大家族的構成、換言すれば、親子關係中心の家族制度は、畢竟、家系を連續せしめて、祖先祭祀を永續せしめんが爲に、定められ、且つ强制せられた家族構成の形式に外ならないと考へられるのである。

支那に於ける婚姻制度に關しては、後に之を詳述するが、支那に於ける婚姻の觀念並びに制度は、是亦支那の家族が、夫婦中心の家族でなくして、親子中心のそれであることを確證する。

支那に於ける婚姻の觀念は、『禮記昏義』に最も端的に示されて居る。卽ち、『昏禮者、將合二姓之好、上以事宗廟、而下繼後世也、故君子重之』とあるは、卽ち之であつて、支那に於て、婚姻が重んぜられる理由は、それが上は祖先の祭祀を繼承し、下は子孫の斷絕を防ぐことを以て目的とするからである。而かも、實際に於て、支那の婚姻制度に在つては、祖先の祭祀を繼承すべき子孫を得るといふことが、最も重大視せられて居る。

思ふに、支那の家族制度に於ては、婚姻の結果、妻となつた者に對しては、二つの方面から、其の資格が定められて居る。其の一は、夫に對する妻としての資格であるが、此の點に就いては、妻の夫への服從が要求せられること、夫婦關係中心の小家族に於けること同樣である。併しながら、妻は、同時に、婚姻によつて家族の一員となるのである。然るに、支那の家族は、祖祭繼承を以て其の最大の任務とするものであるから、家族の一員としての妻には更に特別の義務が課せられて居る。卽ち、妻に對しては、其の家族團體が絕對的に必要とするところの子を產むことが要求せられる。而して、妻が此の義務を果たさない場合には、夫に對する妻としては、如何程多くの美點があらうとも、『家』に於ける妻としては、全然資格のないものであるとされるのである。それ故に、かくの如き妻は離婚せられる。所謂『子なき者は去る』の離婚律が、これである。

更に又、支那の家族制度に於て、夫婦關係が、親子關係の下位に在るものと觀られて居ることの如何に强きかは婚姻が婚姻當事者自身の契約ではなくして、實に、彼等の所屬する家族に於ける尊長者間のそれであるといふ點に最も明瞭に現はれて居る。所謂父母主婚の慣例は、支那に於ける婚姻制度の鐵則であつて、主婚人なき婚姻が、慣習上全く成り立たないのはいふまでもなく、法律も亦、祖父母父母の主婚を以て、婚姻の絕對要件となして居る。かくの如き婚姻によつて、夫家に入つた妻が、夫の妻であるといふよりも、寧ろ、より多く舅姑の子としての待遇を受けるのは、もとより當然の結果と謂はねばならない。それ故に、妻が舅姑に事へて孝ならざる場合には、夫に對しては如何に善良な妻であつても、離婚されなければならない。是、所謂『父母に事へざる者は去る』といふ

離婚律の存する所以である。此の樣に、妻の舅姑に對する不孝の所爲を以て、離婚の原因となして居るといふことは、とりも直さず、支那の家族制度に於て、親子關係が、如何に夫婦關係よりも重要視せられて居るかを示すものであつて、支那家族制度の特質を明示する他の一證であるに外ならない。

以上の簡單な二三の例證に徵しても、支那の家族制度が、親子關係を中心として成立して居るものであることは極めて明瞭である。卽ち、近世歐米の所謂小家族に在つては、夫婦が夫婦として協同する方面が、重要視されて居るに反し、支那に於ける家族制度に於ては、夫婦關係は、只親子關係を發生せしむる母胎としてのみ、重要視されて居るに過ぎない。畢竟、此の種家族團體成立の重心は、夫婦たる成員の相互關係に在るよりも、親子たる成員の相互關係に繫つて居ると觀るべきであつて、それ故にこそ、子は他の者との夫婦關係によつて新たなる家族團體を形成することなく、依然として父の家族內に止まり、子として其の家族の一員たる地位を固守するのを常とするのである。

支那に於ける家族制度が、所謂大家族制度であると斷定されるのは、全く上述の樣な理由に基づくものであるに外ならない。

## 第三節　大家族制度の變革

支那に於ける現行の家族制度、卽ち其の大家族制度は、宋代に起つて其の後の一千年間に亘り、現在に至るまで

支那社會の基本組織として、殆んど靜止的狀態に在つたものであるが、然るに、今日に於ては、支那の大家族制度も漸次に崩壞の過程を辿らんとするの傾向を、かなり顯著に暴露して居る。蓋し、原始的な大家族制度が崩壞して次第に近代的な小家族制度に轉移するといふことは、一般家族制度史の明示する普遍的傾向であつて、此の事は、社會進化の必然的結果として發生し、其の間に遲速深淺の程度の差こそあれ、何れの家族制度と雖も、所詮免れることの出來ない運命だからである。

即ち、社會發展の各時代は、必ず、それに適應した新らしき形式と內容とを有する家族制度を要求し、其の事の當然の結果として、從來の家族制度は、其の形式と內容とに於て、多かれ少かれ、何等かの變革を受けることは必然である。

支那に於ける現行の家族制度が、それ自身の中に、幾多の崩壞的因子を包藏して居り、それが漸次に變革の過程を辿らんとしつゝあることを示して居るのは、畢竟かゝる理由に基づくものであるが、以下本節に於ては、かくの如き見地よりして、支那大家族制度崩壞の過程を跡づけんが爲に、先づ最初に、現行家族制度の歷史的基礎を闡明せんとするのである。何となれば、支那に於ける現行の家族制度は、其の史的發展の經過を知らずしては、到底理解することの出來ない存在だからである。

### 第一項　家族制度の沿革

凡そ、あらゆる社會制度の構成及び變革の根柢には、必ず根強い經濟的理由がなければならない。蓋し、如何な

る社會こ雖も、斷じて其の經濟的機構こ矛盾するが如き社會制度をごるものではないからである。それ故に、支那に於ける家族制度の沿革若しくは其の推移の狀態を明瞭ならしめんが爲には、當然、それの背景或は作因こなるべき經濟的環境に注意する必要がある。

家族制度の構成こ變革の過程に於ける經濟的作因の如何に强大なるかは、例へば、日本に於ける明治維新以後の家族制度崩壞の歷史に徵しても明瞭である。

思ふに、支那に於ける家族制度は、有史以來、大體次の如き變遷の歷史を示して居る。

一、夏殷時代には、原始的結合こしての氏族が存在し、家族は其の中に吸收せられて、未だ存在を認められなかつた。

二、周代に至つて、始めて氏族制度は完全に崩壞し、所謂宗族制度が完成された。

三、宋代以後、宗族制度は、漸次に崩壞の過程を辿り、所謂大家族制度が完成された。

四、現代に於ては、大家族制度は漸く廢れ、所謂小家族制度に轉移せんこするの傾向を示して居る。

今試みに、上述の如き支那家族制度の歷史的變遷を、支那に於ける社會經濟組織推移の狀態に對比せしめて考察するならば、

一、夏殷以前は、所謂原始農業時代で、氏族が當時の部族社會內部に於ける唯一の原本的結合こして存在し、それが經濟單位であるこ同時に、經濟組織を構成して居た。

二、周初に於ける封建制確立を以て、支那は、既に原始農業時代から封鎖的家族農業の時代に入り、茲に、始めて家族制度の經濟的基礎が、確立された。但し、當時に於て、社會の基本的結合を形造つて居たものは、單一なる家族ではなくして、同血關係、及び共通祖先の信仰を中心として社會的に結合した、男系家族群、卽ち、宗族であつた。

三、宋代に於ては、前代を通じて發達しつゝあつた國民經濟組織が、益々充實すると同時に、他方封建的貴族政治の顚覆に伴ふて、『宗』卽ち血統の實質的利益が行はれ、かゝる變化の必然的歸結として、家族制度が宗族制度にとつて代つた。併しながら、此の家族制度は、夫婦關係を中心とする所謂小家族制度ではなく、飽迄も血統觀念若しくは親子關係を中心として成立する所謂大家族制度であつた。而して、かゝる制度の存立を支持する經濟的基礎が、家族農業經濟に在つたことは、言ふまでもない。

四、所謂辛亥革命に依つて、初めて、支那は、名實共に、國民經濟時代より世界經濟時代への一大轉換期に立つことゝなつた。卽ち、茲に始めて、支那に、社會生產の新形式卽ち近世資本主義への新らしき途が開かれた譯である。而かも、此の事の當然の結果として、傳統的な家族精神並びに大家族制度に動搖を生じ、漸次に其の內容及び形式が、近代的な小家族制度に推移せんとしつゝあるの傾向を示して居るのである。

かくの如く、支那の家族制度は、有史以來、其の社會的經濟的發展に應じて、四度の大變遷を經過した。而かも是に據つて略々明瞭なるが如く、支那の現行家族制度は、宋代に起つて、其の後、一千年間に、漸次に普及されて

來たものであるが、其の起源は、いふまでもなく、周の宗族制度に在る。

周の宗族制度は、其の封建制度の必要上規定し且つ强制されたものであつて、男系親族の自覺的結合を宗族と名付け、之に對して一定の身分が、政權によつて保障されて居た。詳言すれば、所謂『宗』には大宗と小宗とがあり共同祖先の祭祀を永久に繼續すべき大宗は、それより分派して四世代を以て存續の限度とする小宗を率ひつゝ、一定の世襲的身分を保持し、血統と身分とが不可分的に結び付いて、これが當時に於ける封建社會組織の基礎となつて居たのである。

而して、かゝる宗族制度は、封建制度が、周と共に滅亡した後も、秦から五代に至るまで、約一千年間に亘る所謂貴族支配の時代を通じて、餘り根本的變革を受けることなしに維持せられた。

然るに、唐末五代の戰亂から起つた社會的大動搖が、貴族政治を顚覆せしめて、宋代以後、所謂官僚政治の時代が出現するや、其の支配の下に置かれた宗族制度は、著しく崩壞の過程を早めた。蓋し、貴族に代つて支配階級となつた官僚なるものは、血統に基づいて世襲的身分を保障せられたものではなく、形式的には科擧卽ち官吏登用試驗に合格することによつて、皇帝から特殊の身分を賦與せられたに過ぎないものだからである。それ故に、宗族制度は、封建制度が亡びた後、經濟上の理由から、從前とても幾分さうした傾向に向けられんとして來つゝはあつたもの、、前記の如き政治組織の出現によつて、『宗』と身分との關係が全く斷絕するに及んで、茲に、全く社會の基本組織たるの實質を失つたのである。

かくして、社會組織の變遷に伴ひ、宗族制度が、其の客觀的基礎を失つて、漸く沒落の運命に逢着するに至るや此の空隙を滿たす爲に、宋代以後、著しい發達を遂げ、事實上、社會の基本組織となつたものは、所謂家族制度である。併しながら、宗族制度崩壞の後をうけて家族制度が起つたといつても、此の兩者は、決して全然別個の制度である譯ではなく、本質的には、寧ろ同一の制度であつて、抽象的なる觀念よりして、血統關係に沿ふて結合する各家族の團結卽ち宗族そのものを重要視するか、若しくは、現實の利益よりして、宗族を構成する各家族のそれぞれに重心を置くかの差異があるに過ぎない。それ故に、宋代に起つた家族制度も亦、古來の禮教的規範に基づき、祖先崇拜並びに血統若しくは傳統の維持を、其の心理的根據として成立して居たことは、いふまでもあるまい。此の故に、かゝる家族制度は、親子關係を重視し、家系の連續を生命とする。是、所謂大家族制度に外ならないものであつて、夫婦關係を中心とし、家族の時間的連續に重きを置かぬ小家族制度とは、全く其の本質を異にするものである。

而して、支那家族制度のかゝる特異なる構成の原因が、主として、支那社會特殊の傳統的社會規範に在ることは後に詳述する樣に、一點疑の餘地なき事實であるが、併しながら、それと同時に、かゝる制度が、最も有效に維持せられたことの最も有力な他の理由は、疑もなく、それが支那社會の經濟的環境に最も適應したが爲である。

一般に、農業經濟時代に、大家族制度が行はれることは、各國の歷史が、概ね之を實證するところであるが、此の事は、大家族制度そのものが、封鎖的農業國の社會經濟組織に、最も適應する制度であるが爲に外ならないと考

へられる。蓋し、農業それ自體は、甚だ定着的靜止的のものであつて、大家族の靜的特質に合致せるものである許りでなく、農業經濟の封鎖的自足的性質及び其の勞働力需要の形式は、大家族の團體組織を、最も利便とするからである。それ故に、古來農業を本位とする支那の社會狀態が、大家族制度を發生せしめ、且つ之を存續せしめたのは、理論上、寧ろ當然の數と謂はなければならない。

かくして、支那に於ける大家族制度、とりも直さず、純粹農業家族制度は、第十世紀（宋代）に起つて、其の後の一千年間に亘つて、漸次に普及せられたものであるが、しかし、此の普及は、決して急激に行はれたものではなく、徐々に且つ極めて有機的に成効せられて行つた。而かも、此の長い間には、次第に慣習が、あらゆる新關係を適當に規律し得る樣になり、支那の家族制度は、民間の慣習の下に、全く支配せられるに至つた。其の間、もとより一個の基本的規範だけは存在したには相違ないけれども、其の下の細かい規則といふものはなく、否、あつたとしても、實際には、決して有効ではなく、すべてそれ等の點は、慣習に基づいて類推的に裁斷せられて居たのである。換言すれば、支那の家族制度は、宋代以來、常に一般的法律なるものを知らず、其處には、唯權力者が飽迄其の被治者を羈束し、已れの權力の續く限り、彼等の上に强制せんとする社會的威壓と、それに伴ふて民間に、自動的に發生した社會的慣習とがあつた許りである。

何故に權力者若しくは爲政者が、大家族制度を强制したかと言へば、いふまでもなく、支配階級の政治的文化的要求に基づくものである。蓋し、支那の大家族制度は、既に述べた樣に、支那古來の禮敎的規範に基づいて、祖先

崇拜若しくは孝道を、其の心理的根據として成立するものであるから、爲政者は、之を民間に普及することによつて、(一)家族制度を基本組織とする社會の秩序を維持し、(二)民族道德の根本規範たる禮教の保存を全うすることが出來るからである。

勿論、權力者若しくは爲政者卽ち支配階級の家族制度に對するかゝる干渉は、常に必ずしも、被支配階級の生活要求に合致するものであるとは言ひ難い。併しながら、支配階級の家族制度に對する干渉は、必然的に、法律的及び社會的强制の形式に於て行はれ、之に對して被支配階級は、縱令むば、無條件の服從を餘儀なくされる。而かも、かゝる服從の習慣が、一度民衆の社會生活に根差した上では、支配階級の强制する家族制度が、被支配階級の要求するそれと一致しない場合にも、與へられた制度が、唯一の制度として、民衆自身の側に發生した慣習によつて支持せられる樣になり、之に背いて行動することが、とりも直さず、反社會的行爲となる。玆に於て支那に於ける大家族制度は、始め支配階級の政治的文化的要求に沿ふて制定せられ、次いで、之が被支配階級の一般的承認を經た後には、所謂社會的慣習の最も有力なる掩護の上に立つことゝなつたのである。

それ故に、支那に於ける、家族制度の大家族的構成に就いては、其の經濟的作因に注意する必要があると同時に、かゝる社會的原因にも、深甚の考慮を拂ふ必要がある。卒直に言へば、寧ろ、支那に於て、古來大家族制度が、かくも、確乎として維持されたことの、最も强い原因は、前者よりも、却つて後者に歸せられねばならないのである。

## 第二項　大家族制度の破綻

### 一

前述の樣に、支那に於ける大家族制度は、其の客觀的基礎となるべき經濟組織と、並びに主觀的基礎とも謂ふべき社會的强制力の二つの方面から、其の存在が、宋代以來今日に至るまで、維持されて來たのであるが、併しながら、現在に於ては、かゝる大家族制度は、それ自體の內部に、可成り著しい程度の破綻を示して居る。

支那に於ける傳統的家族制度の破綻は、先づ第一に、血統觀念の頽廢といふ點に、最も明瞭に示されて居る。既に、屢々指摘した樣に、支那の家族制度は、祖先崇拜を其の心理的根據として成立し、血統觀念、從つて親子關係を重心とする、所謂大家族制度なるものであるが、而かも、大家族制度の根幹たるべき血統觀念は、現在に於ては、既に著しく頽廢して居るのである。此の事は、種々の點に窺はれるが、就中、現在の養子制度の上に、最も明瞭に現はれて居る。卽ち、古代宗法の精神よりすれば、養子は養父と同宗の者でなければならず、且つ歷代の律例も亦、養子が養父と同姓なるべきことを嚴格に要求したにも拘はらず、此の樣な異姓不養の原則は、漸次に廢れ、現時に於ては、異姓の養子は、寧ろ民間普通の習俗となつて居る。(第六章養子制度參照)玆に所謂養子とは、宗祧卽ち、祖先祭祀を承繼する養男子卽ち嗣子を指すのであるが、既に、祖先祭祀が、血統の子孫によつて行はるべきであるにも拘はらず、慣習が、異姓の子にも嗣子たる資格を認めた時に、血統觀念なるものは、事實上、全然無視されたものと謂はねばならない。

上記の樣な血統觀念の稀薄は、亦、女子に宗祧承繼權を認める慣習にも、明かに現はれて居る。女子に宗祧承繼權を與へる慣習は、極めて稀な例外ではあるが、それでも或る地方では、地方的慣習として行はれて居る。（民事習慣大全第三編親屬二四頁）思ふに、過去に於ては、絕對に祖先祭祀に與り得なかつた女子が、慣習上宗祧を承繼する權利を認められたことは、祖先崇拜の傳統的觀念が、全く地に墜ちたことを意味するのは言ふまでもなく、それは又同時に、家族內に於ける女性の地位の向上を物語つて居る。

而かも、家族內に於ける女性の地位の向上は、とりも直さず、大家族制度の破綻を示す第二の實證であるに外ならない。何となれば、支那古來の大家族制度の下に在つては、女性は强大なる父權的家長權の下に、全く無權利の狀態に置かれて居たからである。

以上の外、支那に於ける大家族制度の破綻は又、相續に關する慣習中にも、最も明瞭に示されて居る。支那では古來、父祖の死後家產を合同に承繼した諸兄弟及び其の子孫達が、是を分割することなく、互に同家共產的生活をなすを美風とし、所謂『五世同居』といふことは、唐代以後清末まで、朝廷の旌表を受ける一の資格とされた程であり、法律も亦、祖父母父母の在世中、所謂『別籍異財』を嚴禁したのであるが、それにも拘はらず、今日に於ては既に數世同居の美風が廢れ、父の死後、直ちに家產を分割して別居することが、寧ろ一般的慣習となつて居る許りでなく、往々にして父の生前に於てすら、子孫の『分財異居』が、普通の事として行はれる樣になつた。

以上瞥見するところに據れば、支那の大家族制度は、今日に於ては、既に相當顯著なる破綻を示して居ることが

明瞭である。而かも、此の樣な大家族制度の破綻は、いふまでもなく、主として經濟的要求に沿ふて作り出されたものであつて、此の事は、かゝる破綻が、無產階級の間に於て、最も甚だしい事實に鑑みても、容易に看取し得られる。

蓋し、經濟的に逼迫した無產者が、事實上大家族を維持し、若しくは傳統的慣習を固守することの不可能なるは言を俟たず、大家族制度の傳統維持によつて、社會的に其の優越を誇示し得る中產者すらもが、經濟的事情に迫られて、大家族を分裂せしめざるを得なくなり、結局、大家族制度の古傳統を最も嚴格に維持し得る能力あるものは獨り、此の制度に從ふことに、何等の物質的の苦痛を感ずることのない極めて僅少な有產者に限られること、なつたからである。

かくして、支那に於ける大家族制度は、先づ無產階級に於て崩壞し、此の傾向は、漸次に中產階級に及ばんとしつゝあるのである。

のみならず、既に述べた樣に、支那は、辛亥革命以來、其の社會經濟組織に未だ甞てなき大變化を受けた。換言すれば、民國革命によつて、支那は、始めて茲に、社會的生產の新形式即ち近世資本主義への大變轉を爲した譯である。それ以來、外國資本主義の侵入は、支那の經濟社會をして、所謂國內交通時代より世界交通時代への轉移を成就せしめ、それと同時に、新式企業を、開市場を中心とする支那の隨處に勃興するに至らしめた。支那に於ける近世資本主義の發展は、人口の都市集中若しくは大都市發達の事實や、近代的商工企業發達の事實に徵して、明瞭

に看取されるところであるが、而かも此の樣な資本主義の發達は、其の社會組織の根柢に大なる變化を與へずには置かないものである。支那社會の基本組織としての家族制度が、此の資本主義發展の事實と照應して、漸次に崩壞的傾向を助長せしめつゝあるのは、是亦當然の勢でなければならない。蓋し、資本主義の發達は、漸く各個人の獨立を招徠すると同時に、他方分家の流行を促し、茲に大家族制度が崩壞して小家族制度となることは、歐洲各國の家族制度史が、最も明確に實證するところだからである。

思ふに、支那社會の經濟的發展により、資本主義發達の事實が漸く顯著となりつゝある現在に於て、かくの如き現實の狀勢を無視する家族制度の永續し能ふ筈はない。社會の現實に適應して、其の家族制度の構造は、次第に近代的形式を明瞭に具有するに至ることを免れぬ。而かも、此の點に關し、現在の支那家族制度は明かに、其の現實的表徵を提示しつゝある。

かくして、支那に於ても、大家族は、先づ大都市に於て崩壞し、漸次に小家族が、支配的形態たらんとして居るのである。

以上によつて是を觀れば、支那に於ける大家族制度は、社會經濟組織の進步變遷に伴ふて、二つの方面――階級的には無產者、地域的には大都市――から、漸次に崩壞の過程を辿らんとしつゝあるのであるが、併しながら、改めて謂ふまでもなく、此の樣な傾向は、尠くとも現狀では、大體に於て、飽迄も僅かに一部の傾向たるに止まつて全體として觀れば、今も尙、全國的規模に於て、大家族制度が、依然として維持されて居る。此の事は、經濟的に

は、現代の支那が、全體としては、未だに、歐洲に於ける産業革命以前の狀態、卽ち農業を本位とする靜的社會の狀態を脫し切らないことに起因する。而かも、其の最も重要なる原因は、寧ろ、其の社會が飽迄も傳統を重んずる因襲的保守的社會の狀態を、依然として、そのまゝに保存して居る點に在る。それ故に、支那の現狀に於ては、農業以外のあらゆる産業、卽ち商業も工業も、共に自ら屈して、其の家族制度に順應して居る形である。支那に於ける商工業の分野に、今も尙支配的勢力を揮ひつゝあるものは、合夥組織の組合にしろ、手工業乃至は家內工業にしろ、悉く家族的經濟活動の舊態を、全然脫却したものではないのである。が、併しながら、かゝる企業形式が、一般産業の顯著なる發達にも拘はらず、尙其の存在を何時までも續け得るものとは考へられない。而かも、やがて、支那の産業組織が、近世的資本主義的制度の下に、全く支配せられる樣になつた曉には、企業と家族制度とは、全く絕緣するに至り、加ふるに、後者は、次第に前者の經濟的基礎を崩壞せしむるに相違はない。のみならず、如何に支那の社會が傳統的であるとは言へ、一般社會文化の發達に伴ひ、個人主義自由主義の社會思想が、漸次に擡頭し來るのは、恐らく免れることの出來ない趨勢であらうから、此の點に關しても、支那の大家族制度は、早晩全き崩壞の運命に逢着せざるを得ないであらう。換言すれば、中世紀的社會思想に基づいて存立する從來の家族制度が、支那に於ける社會的經濟的發展に伴ふて發生した新らしき時代意識の影響を受けて、早晩根本的な變革を受けることは必然である。

以上、支那に於ける大家族制度の崩壞的傾向を、主として經濟的社會的方面より論證して、それが早晩全く崩壞

し去るべき運命に在ることを明瞭にしたのであるが、此の事は又、法律的にも——即ち支那に於ける法律制度を通じて觀ても——容易に論證し得られるところである。

## 二

支那に於ける現行の家族制度が、如何に著しく過去のそれと變りつゝあるかといふことは、家族制度に關する民律草案の規定に於て、最も明瞭である。

民律草案は、前清修訂法律館の編纂にかゝる未實施の法律草案であつて、もとよりそれ自體に法律上の効力はないものであるが、併しながら、新らしき民法典の未だ發布せられざる現在に於ては、支那の各級審判廳が、裁判上に採用する條理の根據とするところは、概ね同草案に在るのであるから、此の點に於て、同草案は、支那現在の家族制度を考察する上に、最も重要なる參考資料の一であると謂へる。

而して、民律草案に規定せられた家族制度は、在來の支那古法と、近代の外國法とを打つて一丸とし、古き家族制度を新時代の要求に順應せしめ、家族協同の原則と、個人主義的原則との調和を試みんとしたものであるが、而かも成法は所謂社會の上層建築であり、從つて、それは、飽迄も社會組織そのものに、其の基礎を有するものであるから、尠くとも、或る程度までは、成法の變遷を見ることによつて、其の社會自體が、如何に變化したかを、看取することが出來るのである。

然らば、民律草案に於て、支那の家族制度は、果して如何に規定されて居るか。

民律草案に於て、如何に支那の家族制度が、其の形式を推移せしめたかは、家長權に關するその規定に、最も明瞭に反映されて居る。舊法に於ては、家長は、家族に對して、殆んご絕對の權利を有し、家族は、殆んご全く無權利の狀態に在つたのであるが、民律草案は、此の點を根本的に變改した。卽ち民律草案に於ても、『家』は尙親族法上の基本單位こして、家長に統轄せられたまゝ存續しては居るけれごも、而かも、其の家長權は、法律的には、殆んご有名無實に近く、家族に對する處分的權能は、最早其の中に含まれずして、僅かに、一家統率の最尊長こして、家政を統攝する權利が與へられて居る許りである。是に反して、家族は家族なるが故に、其の權利能力にも行爲能力にも、何等の制限を受けることがなく、成年の家族は、法律上完全に獨立を得るに至つた。

かくして、民律草案に於ける家長權なるものは、單に往昔家長の有したものゝ餘影を止めて居るに過ぎず、家長の家族に對する生殺與奪の權利の如きは、もこより云ふに及ばず、懲戒權、居所指定權、婚姻及び分家に關する同意權すらも、民律草案は、之を家長より父親の手に移轉して了ひ、家長に對して、僅かに殘されたものは、家政統率こいふ、殆んご有名無實の權利が一つあるに過ぎない。

かくの如く、民律草案に規定された家長權の實質は、之を往時に比すれば、單なる餘影に過ぎないことは明かであり、其の內容が次第に親權こして推移したこいふ事實は、否定の餘地なきこころであるが、然らば、此の事は、果して、何を意味するかこ謂へば、いふまでもなく、家族制度の重大なる變革を意味する。勿論、實際上に於ては子の上に行ふ權利を父が持つか、家長が持つかは、餘り問題こするに足りないけれごも、理論上に於ては、此の權

利が、家長から父に移つたといふことは、ごりも直さず、大家族制度が、漸次に小家族制度の形式へ、推移して行くことを示すものに外ならない。蓋し、法律的には、大家族制度は、家長權制度であり、小家族制度は、親權制度であるに外ならないからである。

民律草案に規定された家族制度が、家長の權利を著しく縮小することによつて、强大なる家長權の基礎の上に立つて居た從來の家族制度の形式を、甚だしく變改した點は、上述によつて略々明瞭であるが、更に又、民律草案が家產制度を認めて居ないことは、支那に於ける家族制度の推移を示す今一つの實證でなければならぬ。家族制度を法律的に觀た場合、家長權を、其の主觀的基礎とするならば、家產制度は、それの客觀的基礎である。思ふに、家族の統制を堅くし、『家』の永續を期する爲には、其の物質的手段としての家產制度の存在が必要である。何となれば、家產制度があればこそ、それに依據して、家族の團體的生活が保障せられ、同時に、其の支配權を握つて居る家長の家族員に對する威令が行はれて、家族の統制が可能となるからである。家產制度とは、家族の私有財產能力を認めず、家族の勞働の結果若しくは財產を、『家』そのもの若しくは家長に歸屬せしめる制度である。支那古來の法律では、家族の私產なるものを認めなかつた。禮記內則に所謂『子婦無私貨、無私畜』なる禮敎的規範に基づき、尠くとも、家長たるべき祖父母父母の在世中は、家族たる子孫の異財、卽ち家族の特有財產所有を禁止して居た。是支那法が家產制度を認めた動かすべからざる證據である。然るに、民律草案に於ては、明かに家族が特有財產を有ち得ることを規定して居る。のみならず、民律草案に現はれて居る家族制度に於ては、法律的には、家產を

必要とする考へは毫末だに之を發見することを得ない。卽ち、民律草案は、財產關係に於ては、純然たる個人主義を採り、家長と家族、及び親子並びに夫婦間に於ても、悉く別產主義を原則として居る。是實に、支那に於ける家族制度史上注目すべき一大變革であると謂はねばならない。蓋し、家產制度は家族制度の物質的基礎であり、これの崩壞は、必然的に、家族制度そのもの、朽廢を結果せざるを得ないからである。

次に、民律草案が、本質的に、支那舊來の法律と面目を異にした他の點は、女性の地位を、著しく向上せしめたことである。支那の女性は、舊法に於ては、殆んど何等自己固有の權利なるものを有しなかつた。然るに、民律草案では、略々男子と同等に取扱はれて居る。此の女性の地位に於ける根本的變化を、最も明瞭に表現せるものは、離婚に關する民律草案の規定である。卽ち、民律草案の規定に依り、妻は、大體夫と平等なる離婚請求權を與へられるに至つた。而かも、かくの如き女性の地位の向上も亦、必然的に、傳統的なる父權的家長制の打破に導く最も有力な原因の一である外はないのである。

併しながら、是等多大の驚くべき進步變遷の中で、最も著しい點は、蓋し、民律草案に於て、婚姻が、今や婚姻當事者自身の契約とされるに至り、最早彼等を支配する權力者間のそれでなくなつたことである。思ふに、民律草案が、最も甚だしく支那古來の法律及び道德から飛躍したのは、其の婚姻法に於てゞあるが、此の點に關する民律草案の規定は、とりも直さず、支那に於ける家族制度の根本的變革を意味する。何となれば、支那の家族制度は、古來血統觀念若しくは親子關係を中心として成立する所謂大家族制度であつたにも拘はらず、民律草案が、法律上

婚姻を當事者自身の契約とした時に、それは、事實上家族制度の根幹としての親子關係の重視を見限つて、夫婦關係を重要視するに傾いたものと謂はざるを得ないからである。而かも、夫婦關係の重視を親子關係のそれに置き代へるといふことは、畢竟、大家族制度を否定して、近代的な小家族制度に、轉移することを意味するものであつて、此の點に於ても亦、支那に於ける大家族制度は、既に、其の崩壞を豫想されて居るものであると謂へるのである。

所謂親子關係を中心として成立する大家族制度の特質は、所謂『同居』に在る。卽ち大家族制度の下に於ては、特定の家に生れたすべての男子は、終身其の家族の一員として生活し、婚姻により、若しくは、其の他の事由によつて、別に、一家を創立することを許されないのが原則である。それ故に、現行律に於ては、其の戶役門別籍異財律に、『祖父母父母在者、子孫不許分財異居、其父母許令分析者聽』と規定し、原則として、祖父母父母の在世中に於ける直系卑屬の分家を禁止して居る。

然るに、民律草案に於ては、其の第千三百二十三條第二項に、『父母在、欲別立戶籍者、須經父母允許』と規定し、必ずしも、父母の在世中に於ける直系卑屬の同居を强制しては居ない。右草案理由に據れば、『家族は情誼を以て團結を爲すものなり。情志既に離るれば、法律を以て强いて束縛を爲すと雖も無益に屬す。故に分家の條件は、應に兄弟間の協議を以て定むべし。但し父母在るときは、須らく父母の允許を經べし。現行律別籍異財門の例文に祖父母父母在るときは、子孫の別籍異財を許さず、其の父母分析せしむるものは許すとあり。本項の規定は、此

の意と正に同じ』とあるけれども、法律上、原則として、父母の在世中に於ける子孫の同居を强制するか、或は、父母の同意を條件として、子孫が、自由に分家することを許容するかは、家族制度の形式如何を決定すべき最も重大なる問題である許りでなく、現行律の規定と、民律草案のそれとの間には、其の精神に、最も著しい差異があるのである。民律草案の規定は、もとより現實の狀勢に適應せるものではあるが、而かも、それは、飽迄も、傳統的なる法律的及び文化的要求に背いて民間に發達したところの實際の慣習に順應したものとして、全然新らしい立場に於て承認さるべきものであつて、毫も舊法の精神を繼承せるものではなく、從つて、現行律の條文を引いて其の妥當性を主張さるべき性質のものではないのである。

それ故に、現行律別籍異財律の同居に關する規定を根本的に改變した民律草案第千三百二十三條の規定は、明かに、支那家族制度の古き傳統に對する一大反逆であり、それをして近代的の小家族の形式へ推移せしめんとする劃期的飛躍と觀るべきものである。而かも、かゝる規定は、前述の如く、民間の慣習に、其の成立の根據を有するものである以上、それは、支那に於ける大家族制度の破綻が、今日では、最早否定の餘地を有たないといふ事實の、最も率直なる法律的表現に外ならないのである。

# 第三章　家　長　權

## 第一節　家　長　的　家　族　制

前章に之を明かにした如く、支那の家族構成は、所謂大家族組織であるが、此の樣な大家族的構成を、家族團體の統制といふ見地から觀た場合、支那に於ける家族は、所謂家長的家族であると云ふことが出來る。卽ち此の立場に於て、支那の家族を定義するとすれば、それは、一家の首長卽ち家長たる男子が家族の統御權を保有し、其の下に直系及び傍系の親族並びに其の配偶者等が從屬して成れる生活協同體であると謂へる。換言すれば、支那の家族は、家長權の下に統一せられた數代に涉る血族と其の配偶者とを以て成れるものであつて、原則として、一家中の最尊親族に當る男子が、家長として、家政一切を統轄し、其の支配の下に、二代若しくは三代或は四代に涉る親族並びに其の配偶者が從屬して之に奉仕し、以て一家としての共同生活を營む組織である。

卽ち、支那に於ける『家』に就いて觀るに、それには必ず一定の資格を有する家長なるものが存在し、他の家族に對して、極めて廣汎且つ强大な統制的權力を揮つて居る。而して普通家長は、一家の最尊長之に當るを原則として居るのであるが、必ずしも常に最尊長ではなく、時としては、次尊長又は家族中の賢能者が、其の地位に在る場合もある。例へば、家の最尊長が病弱又は老衰等の爲、家長の任務に堪へないと考へられる時、若しくは、家長の權限が、極めて重要なるが爲、身分上の地位如何に拘はらず、家族中の賢能者が家長の地位に就くことを認められ

る時には、家長は一家の最尊長でなく、次尊長又は其の他の卑幼が之に當つて居る。（民事習慣大全第三編親屬二頁以下）。併しながら、一般的に云へば、家長は一家の最尊長之に當るべきものであるとするの觀念が、深く道德思想の根柢に横たはつて居り、事實上家政を執るに堪へぬ老衰者と雖も、尚名義上の家長として、他の能力完全なる子弟に於て、實際の事務を代理するを普通として居る。

が、それは何れにしても、尠くとも、支那に於ける家族には、例外なく、一人の家長が存在して居るといふことだけは、動かすべからざる事實であつて、此の樣な家長は、他の家族員に對して、支配者統率者たるの地位に立つて居るのである。

思ふに、家族制度の本質的要素をなせるものは、家長權又は戸主權と呼ばれる中央の權力が存在すること、從つて其の權力の保有者たる首長、卽ち家長若しくは戸主の存在することである。蓋し家族制度の本質は、各個の家族が、一の生活協同體として、それ自身に統制的機能を營む點に在るのであるから、其の團結の中心として、統制者並びに統制的權力の存在が、是非とも必要とせられるのは、もとより當然だからである。

卽ち中央の權力者として家長があればこそ、家族員は之に隷屬して家族團體の統制が可能となり、又子は其の妻を迎へ孫を擧ぐるも其の家を去ることなく、父の死後は其の權利を承繼して直ちに家長として立ち、家族團體の存續はかくして實現され、家族制度の維持が始めて完全に行はれる。家長若しくは家長權が家族の中心的要素であると謂はれるのは、卽ち此の爲である。

それ故に、東西古今を問はず、家族制度の共通的要素たるものを求むれば、是こりも直さず、家長及び家長權の存在であつて、之を缺除して居るものは、尠くこも純然たる家族制度とは謂ひ難い。而して、支那に於ける家族制度は、それが家長並びに家長の統制的權力を認める點に於て、明かに完全なる家族制度の本質的要件を具備して居る。卽ち、支那の家族制度の下に在つては、家長が家族員を支配する地位に立つて居り、家族員は家長に對して絕對に服從すべき義務を有つて居る。家長は其の家族の統治者であり、外部に對しては、之を代表して立ち、內部に在つては、家族員に於ける一切の行爲を規律し統制する權限を與へられて居るのである。

要するに、支那の家族組織に於ては、『家』の內部に强大なる家長權が振はれて居り、家長は治者たる地位に立ち他の家族員は悉く被治者たる地位に立つものであるが故に、其の家族組織を以て、家長的家族制であるこ論斷するここを得るのである。

## 第二節　家長權の內容

家長權こは、家長たる身分に基づく權利義務の總稱である。換言すれば、家長が一家統率の爲に賦與せられた權利義務の總和を稱して家長權こ謂ふのである。

日本に於ては、此の樣な家長權は、所謂戶主の權利義務こして、法律の明文を以て規定されて居る。支那に於ける家長權が、法律の保障を伴つて居るここは、もこより云ふに及ばぬが、併しながら、支那に於ては、古來家族制

度を以て、多く道德禮教の範圍に屬するものとし、法律の範圍に屬せざるものとした許りでなく、殊に、民法典の未だ發布なき支那の現狀に於ては、一般の家族生活を規律するものは、成文の法律に非ずして、主として、否、全く社會的慣習であるから、法律に於ける家長權の規定を說明することは、甚だ困難なるのみならず、寧ろ、著しく實際的價値に乏しい。

それ故に、支那に於ける家長權の考察に關しては、法律的立場に於て之を試みるよりも、寧ろ社會的見地よりして、之が闡明を企てるに如くはない。主として、社會的の方面から、支那に於ける家長權の內容を檢討するに、大凡次の如くである。

### 第一項　公法的統制權

支那に於ては、社會組織の單位を構成するものが、家族であり、個人は、只それが家族を構成し、家族を通じてのみ、即ち純然たる個人の資格に於てではなく、家族の一員たる資格に於てのみ、社會の組織內に織り込まれて居る事實に關しては、既に、之を指摘した如くである。

然るに、此の事實は、同時に又、支那に於ける國家組織の單位が、個人でなくして、家族であることを立證する蓋し支那に於ては、所謂國家としての團結が、甚だしく薄弱であると同時に、それに逆比例して、地緣的部分社會たる村落自治體の結束が、極めて鞏固であり、官憲と雖も村落自治體の內容に干涉することが出來ない程であり、從つて、村落自治體は、それ自身著しく封鎖的性質を帶びて居つて、殆んど、縮少せられたる國家であるかの觀を

呈して居るからである。卽ち支那に於ける國家組織なるものは、家族を其の構成の單位とする村落自治體の上に組立てられた極度に弛緩せる結合關係たるに過ぎないものである。

此の樣な國家組織を構成するところの單位が『家』に外ならないのは、もとより言を俟たず、かゝる『家』が、それ自體に一の公法的統制機能を保有することも亦、今更指摘するまでもあるまい。現在の支那に於ける共和制の政治組織なるものは、毫も政治上の個人主義を象徵するものではなく、實は、現實の社會組織に、其の事實上の根據を有たない單なる概念上の存在にしか過ぎない。それ故に、現在の支那に於ては、家の公法上の意義は、理論的には、明かに否定されて居りながら、實際上慣習上では、『家』の公法的性質は、まだまだ喪はれては居ないのである。卽ち『家』は、家長によつて統一代表せられて國家の構成單位となり、個人は、家を通じて國家を構成し、『家』に屬するが故に、各種の權利義務を有するに過ぎぬ。

かくして、支那に於ける家長の統制權は、單に家族內部に於ける私法的權利義務の關係を包括するものであるに止まらず、明かに、公法的意義をも含む。村落自治體の組織が、最も明瞭に此の事實を立證するものであること既述の如くであつて、例へば、家長が其の『家』を代表して村落の自治行政に參與し、其の自衞上の責任を負擔するが如き、家長の家族統率權が公法的性質を有するの事實を、最も明白に物語つてゐる。のみならず、家長は又、公法上の義務として、租稅を納入する義務を有し、保甲制度等の警察的取締上の責任者として、國家に對して、一家を代表するの地位に立つて居る。

支那に於ける家長の公法的統制權が、如何に强大なるものであるかは、『中國民事習慣大全』に採錄されて居る左の如き習慣に觀ても、其の一班を窺ふことが出來る。（同書第三編親屬一頁）

『福建省の習慣では、家長制が嚴格に行はれ、家長の權限は極めて重い。民間に於ける一切の契約は、家長の署名がなければ其の効力を發生しない。官廳が人民に對して命令を發する場合には、多く家長に責任を負擔せしめる。而して所謂家長は必ずしも年長者たることを要せず、或は族中の富裕なるもの、或は學校教育を受けたもの或は事理に通曉したもの等が、內外から公認せられて、此の任に當るのである。又家長には、所謂大家長（一族の長）及び親家長（一家の長）の別がある。それ等の賢能なるものは、官憲の力の及ばざることろを補助し、家族の先導者となり得るけれども、不肖なるものは、往々にして、專斷の振舞をしたり、事に託して利を貪るのもある。』

## 第二項　私法的統制權

一

既述の如く、支那に於ては、『家』の社會的意義が、遙かに個人のそれを超えて居り、『家』なるものが、社會的關係に於ける一體として、個人よりも、遙かに重要視されて居るのであるが、此の樣な支那に於ける『家』の內部に在つては、それを統御すべき地位に在る家長の權威は極めて大きい。蓋し支那に於ける『家』なるものは、其の共同生活の範圍が、著しく多面的であり、其の生活共同の內容が、著しく緊密である結果として、是等の協同事項を

規整すべき家長の家族員に對する統御權は、勢ひ最も廣汎且つ重大なものとならざるを得ないからである。

## 二

先づ家長權の主觀的方面を代表するものは、祖先祭祀の司祭權である。

思ふに、支那に於ける家族團體そのもの〻目的が、祖先の祭祀を繼承して、之を永久に存續せしめるといふこと に在る以上、一家を代表する家長の最大任務が、家祭を司り、之を永久に保存することにあるべきは、もとより當然である。卽ち家長は、一家を率ひて祖先祭祀を行ひ得る地位に在るものであつて、其の地位は遙かに他の家族員の上に位して居る。のみならず、祖先の靈の存在を疑はざること宛かも人の存在を疑はざるが如き支那人の觀念に於ては、祖先の靈を祭る祭主であるところの家長に對して、反抗するといふ樣なことは、殆んどあり得べからざること〻されて居るから、從つて、其の地位に伴ふ權力は、全く神聖不可侵のものであると考へられて居る。

それ故に家系を連續せしめ、家祭を繼承するが爲に、家長に與へられた權限は、頗る廣汎且つ强大である。先づ、家族團體の存立を保障する爲に、其の成員の分離を防ぐ權利が與へられて居る。卽ち家族員は、家長の許可なくして絕對に分家することが出來ない。從つて支那では、家族の分家は、尠くとも家長たる父が生存して居る限り容易には行はれない。蓋し支那に於ては、所謂累世同居を家門の名譽として、分家を出來得る限り避けんとする社會的傾向が、極めて强いからである。家父の生前に分家の行はれる場合は、家族の數が餘りに多く、而かも其等が

互に和合し得ない場合、卽ち大家族を維持するこごによつて、却つて家門の名譽を傷けるご考へられた場合、家父が分家に同意した場合に限られる。

第二には、家族團體の繁榮を維持する爲に、其の成員の婚姻に干渉する權利が與へられて居る。卽ち成員の婚姻は、家門の繁榮を來たし、家系の連續を最も有効に成し得る可能性あるものごして、家長の許容するごころのものでなければ成立しない。支那に於ては、子弟の婚姻に就いて、其の決定の全權を握るものは、當事者でなくて却つて家長である。家長は、單に子弟の婚姻に對して發言權を有するのみに止まらず、『家』を代表する首長たる立場に於て、『家』の存立に最も重大なる關係を有する婚姻に就いては、婚姻當事者の意思を無視して、自己が適當ご認める配偶者を選定するこごが出來る。

家族員の養子緣組に關しても、亦同樣の事が行はれる。蓋し支那に於ける養子は、家系を連續せしめ、祖祭を繼承すべき嗣子たるに外ならないからである。

其の他、尠くごも何等かの程度に於て祖先祭祀に關聯し、家系の連續に關係する一切の事項に關しては、家長は家族員を監督し、統制する權利を保有して居るのである。

此の樣に家長は、祖先祭祀上の特權ごして家族のあらゆる行動を統制する權利を有するものであるが、此の樣な權利が、又一面に於ては、義務を伴ふものであるこごはいふまでもない。卽ち、支那の『家』は、祖先の祭祀を繼承するこごによつて、其の存在の意義が保たれるのであるから、家長は祖先祭祀の祭主ごして全家族員を率ひて之

を祭り、且つ繼嗣を絶やさないことによつて、之を永久に存續せしむべき義務を有つものであつて、家祭を怠り、或は家系を斷絶せしめて家祭の繼續を不可能ならしむるが如きは、祖先に對する最も重大なる不孝であつて、家長たるもの、最大不德であるとされて居る。換言すれば、家長は、其の全責任を以て、家系の連續を維持し、祖先の名譽を發揚すべき最も重大なる義務を有するものに外ならない。

以上の樣に、支那に於ける家長權は、疑ひもなく、家長の宗敎的性質若しくは祖先祭祀上の特質から生じ來たるものであるが、しかしながら、此の事に關しては、今一つの考察が可能である。

卽ち、支那に於ける家長なるものは、旣に述べた樣に、原則として、一家の最尊長之に當るものである。然るに支那に於ては、古來、尊長を尊敬するの觀念が最も强く、其の父母であること、兄姉であること、伯叔姑であることを問はず、苟くも行列に於て尊輩であり、年齡に於て長者であるならば、之に絶對的に服從すべきことが、卑幼の最も重大なる道德的義務として、禮敎上最も嚴格に要求せられて居るのであるから、此の點に於ても、尊長たる家長は、卑幼たる家族員に對して、侵すべからざる地位に立つものである。

思ふに、支那古來の禮制的規範並びに法制上の規定は、實に、卑幼は尊長に服從し、又、尊長は卑幼を敎導すべきものとする自然的道義の觀念に、其の根本的基調を置いたものであつて、現在の社會的慣習に於ても、此の事は依然として飽迄も肯定されて居る許りでなく、其の社會の基本組織としての家族制度を維持せんが爲の根本的規範となつて居るところのものである。

此の故に、支那に於ける家長の家族統制權は、一面に於て、祖先祭祀の司祭者たる地位によつて保障せられ、他面に於ては、一家の最尊長としての尊長權の行使によつて增大せられる。

然るに、支那に於ける尊長權なるものは、一般に卑幼に對する保護監督のすべての權能を包括するものであつて其の効力は尊長と卑幼との間に於けるあらゆる關係に於て發現し、毫も特定の權利義務の集合によつて成立するものではない。それ故に、前述した樣な分家の許諾並びに拒絕權、家族員の婚姻及び養子緣組に關する同意權等の如きも、實は、當然包括的な尊長權そのもの・發動に外ならないとも考へられるのである。

かくの如き尊長權の行使といふ點から、家長の家族に對する權利義務を考察するに、尊長たる家長は、卑幼なる家族に對して優者の地位に立ち、之に對して一般的な敎育命令の權利を有すると同時に、其の身上及び財產上の一切の監督保護の義務を負ふて居る。今說明の便宜の爲に、是等の包括的な權利義務の內容を、項目的に示せば、次の如くである。

一、敎　令　權

尊長としての家長は、卑幼に對して一般敎令の權利を保有して居る。單に未成年の卑幼に限らず、苟しくも卑幼の地位に在る者は、悉く尊長たる家長が、之に對して敎育命令の權利を行使する。家族員の敎育に關しては、家長が全責任を負ふて其の任に當る。蓋し國家の手によつて行はれる義務敎育の制度すら存在せず、敎育制度の未だ完備せざる支那に於ては、子女の敎育は、殆んど全く家族團體の手に委ねられて居る。かくの如き狀態の下に在つて

は、一家の首長たる家長が、其の家族員に對して負擔すべき教育上の任務は、甚だ重大であつて、讀書算術等の一般的素養よりして、道德上並びに風教上の訓練及び經濟的技術的教育に至るまで、家長は、全責任を以て、之に當るべき地位に立つ。

其の他、家長は、家族員のあらゆる行動に關して、之に命令する立場に在るのであるが、之に伴ふて家長は又、家族員に對して懲戒權をも保有して居る。

二、懲戒權

前清時代の刑律に據れば、尊長たる家長は、卑幼たる家族に對して、敎令違反の行爲ありたるときは、之を折傷し、又は篤疾に至らしむるも其の責に任ぜず、唯非理に毆殺するに至り、始めて罪ありとし、而かも『法に基づいて決罰し、終に死に致し、及び過失殺の場合には、各々之を論ぜず、』(刑律鬪毆下『鬪毆祖父母父母』律)と規定して居るが、尊長の强大なる懲戒權を是認する點に於て、現在の社會的慣習も亦、猶此の法文の趣旨を是認して居るかの如く觀える。是、蓋し、支那に於ける警察或は司法制度の不完全なる現狀が、個人の行爲に關する取締に就いて、甚だしく家族團體の統制的機能を大ならしめ、從つて、家長の統御的權限を重からしめた結果であるに外ならない。思ふに、支那の現狀に於ては個人の行爲は國家の警察或は司法制度によつて、法律的に規律されて居るといふよりも、寧ろ其の社會の家族制度によつて慣習的自動的に規整せられて居る點が、甚だ多いのである。

上述の如く、支那に於ける家長は、其の家族に對して强大なる敎令權並びにそれに伴ふ懲戒權を有して居るので

あるが、同時に、此の樣な權利は、其の裏面に於て、又教育監督の義務を包括することは、もとより云ふまでもない。卽ち、卑幼なる家族は、尊長たる家長に、絕對に服從すべきものとされるのであるが、又尊長たる家長は、卑幼たる家族を、其の全責任を以て敎導することによつて、一家の融合和親を圖り、家門の名譽と繁榮とを維持しなければならない。

三、賣買典雇の權利

支那に於ては、子女を財產の一種と看做し、之を賣買典雇する事は、尠くとも、無產者の間に在つては、最も普通に行はれる事例である。例へば、男子を養子として他家に賣り、若しくは、女子を妻妾として他家に賣るのは勿論、子女を他人に典雇したり、更に甚だしきに至つては、之を奴婢として出賣する者すらある。因みに、典雇とは一定の身價銀を受け一定の期限を定めて其の子女を他人に交附し、勞役に服さしめるものであつて、其の期限滿了後は原身價を償還して其の子女を買戾すことを得るものである。

かくの如く、支那に於ける家長は、一家の尊長として、其の家族を賣買典雇するの權利を有し、家族は、家長の私有財產たると毫も異ならない。

四、婚姻に關する許諾並びに主婚權

現行律に據れば、婚姻は、必ず尊長の主婚に依るべきものとし、之に從はざる婚姻は、法律上有効に成立せず、而かも主婚人は、婚姻の主事者であつて、婚姻の契約を締結し、婚姻に關する一切の事務を處理し、且つ其の婚姻

に關し、一切の責任を負擔すべきものであるとする。(戸律婚姻『男女婚姻』律)

即ち支那に於ては、婚姻は、法律上婚姻當事者自身の契約ではなくして、却つて、彼等を支配する權力者間のそれであつて、尊長若しくは家長の許諾並びに主婚は、婚姻の絶對必須要件である。

五、分家に關する拒絶及び同意權

古來支那に於ては、累世同居の大家族を美風とするの觀念が強く、父祖の死後と雖も、長く兄弟叔姪が同居共財の狀態に在ることを名譽とするの風習があつた許りでなく、直系尊屬の存命中に於て、卑幼が別籍異財を行ふことは、法律の明文を以て禁止せられたのであるが、共和時代の今日に於ても、此の事は、毫も往昔と渝るところはない。(現行律戸役『別籍異財』律)大家族の人的不和若しくは經濟的破綻等の理由によつて例外的に、分家することを許される場合、必ず尊長たる家長の同意が必要とされるのも亦以前と同樣である。(同律條例)

三

次に、家長權の客觀的方面を代表するものは、家產の管理權である。

支那に於ける家產なるものは、次章に之を詳述するが如く、家族團體そのものに附屬する財產であつて、家長の私產ではないから、從つて、家長は任意に之を處分することを得ないのを原則とするものであるが、而かも、如何なる場合にも、其の管理及び用益の權は、一家の尊長たる家長が、之を保有して居るのである。蓋し、支那に於ける家產は、家族團體を存立永續せしめんが爲の物質的手段たるに外ならないものであつて、家門の繁榮家系の連續と

いふことが必要とせられる限り、それの經濟的基礎たるところの家族財産は、如何なる家族員によつても、任意に處分せられることなく、永續的に保存せられることを要するからである。

それ故に、家長が家産を管理するといふことは、『家』そのものの物質的基礎を保障するといふことであつて、家長の家族に對する統制的威令は、茲に始めて、其の最も具體的客觀的な根據が與へられて居る譯である。

かくして、支那に於ては、家産を管理するの權限は、全く一家の尊長たる家長の手に委ねられ、他の家族員は、管理者たる家長の許諾を得ることなしに、是を處分することは、勿論、猥りに使用收益することをすら許されないのである。

併しながら、上述の如く、家長が家産を管理するといふことは、畢竟、一家全體の利益の爲に、財産の保全と其の充分なる利用とを怠らないといふことでなければならぬといふのは、もとより當然であつて、家長は家族財産を維持又は增殖して之を後代に傳へることによつて、家族の連續を一層有効確實ならしめるべきである。若し、之に反して、家長が、家族財産の善良なる管理者たることなく、之を濫費消滅せしめるに於ては、祖先傳來の家産を傾けたるものとして、道徳的にも、社會的にも、最大の不名譽とされる。

次に家産の管理權に必然的に附隨するものとして、家長は又、家内一切の經濟業務に關する指揮監督の全權を握つてゐる。蓋し、支那の家族は、之を經濟的に觀た場合、其の機能は、單に消費的方面のみに止まらず、生産分配の廣汎なる範圍をも包括する一種の生産團體であるが、此の樣な生産的經濟主體としての家族に在つては、家族員

の勞働は、其の共同目的の爲に、組織的に行はれることを必要とし、有能なる首長の手によつて、其の組織が組立てられ、其の指揮監督が行はれねばならないからである。而して、かくの如き組織的勞働によつて得られた所得は擧げて一家の收入に歸し、家長の管理に委ねられる。

其の代り家長は、是等の家族收入を以て家族全員の生活を保障しなければならないのは、もとより云ふまでもない。是家長の家族に對する扶養の義務である。

要するに、支那の家族に於ける家長は、一家の經濟を維持して、家族團體の存續を全うせんが爲に、家族員に對して職業を決定し、勞働を分配する權限を有つて居る。家族員は家長の命令に依據して所定の勞務に服し、其の所得は擧げて家長に提供しなければならないと同時に、其の反面に於て、家長は又、其の全責任を以て、すべての家族員に對して其の生活を保障し、各員の必要とするところのものは、分に應じて之を與へ、家族員をして、安んじて其の生活を營み得る樣にしなければならぬ重大なる義務をも持つて居る。蓋し擴大せられたる單一的家計の大家族が、有爲堪能なる管理者の綜合的統制に依賴しなければならないといふことは、理論上睹易き道理であつて、大家族が其の廣汎なる經濟的機能を營まんが爲には、是非とも、有能なる家長と、それに伴ふ强大なる家長權とを必要とするからである。

四

以上に於て、支那に於ける家長權の內容をなすと認められる種々の權利義務に關し、說明の便宜上、之を項目的

に說述したのであるが、併しながら、支那に於ける家長權なるものは、既に述べた樣に、個々の事項に關する權利義務の集合ではなくして、一家統率の爲に必要とせられる單一的綜合的權力に外ならない。換言すれば、支那の家長權の最大特質は、それが著しく包括的である點に存する。思ふに、現在の支那が、所謂古代法時代に屬するといふことは、支那法制研究家の一致して斷定するところであるが、此の事は、支那に於ける家長權の法律的性質といふ點から考察しても、容易に其の論據を見出すことが出來るのである。卽ち支那に於ては家長の包括的權力が、未だ分化して個々の權利義務となるに至らず、宛かも、羅馬の家長權に於けるが如き包括的特質を示して居る。

かくの如く、支那に於ける家長權は、それが著しく包括的なる點に、其の大なる特質が存するのであるが、併しながら、玆に特に注意すべきは、此の事は、必ずしも一家の統率者たる家長に對して、最初からかゝる包括的な權力が與へられたことを意味するものではなく、寧ろ純然たる家長權にあらざる家長の權利が、家長の地位に隨伴することによつて、家長の支配の範圍を著しく擴大せしめた結果に外ならないといふことである。

既に述べたところによつて明瞭であるが如く、支那に於ける家長權は、單純なる一家の統率者としての權利義務の外に、次の如き三の權利を包含する。

第一に、尊長權であるが、これは家長が、一家の最尊長たることよりして、必然的に生ずる權利である。併しながら、家長は當然に尊長であるとは云へ、家長と尊長とは、必ずしも同一ではない。卽ち家長は、一家に必ず一人であるが、尊長は必ずしも一人に限らない許りでなく、家長は、主として外部に對して一家を代表し、家族全體を

統率して家に屬する社會的義務の負擔者となるものであるが、尊長は、主として卑幼に對してのみ權利を有し、且つ其の權利は飽迄も、私法的內部的である。蓋し、支那の家族制度は、二の方面から其の統制が規律されて居る。即ち一は家長權に依る家族各員の統御であり、他は尊長權に依る長幼の秩序維持である。而して、前者は、家を標準として、外部に對する統制を主とするものであり、後者は、親族關係を標準として、內部的統制關係を主とするものである。是等の二點は、家長權と尊長權とを、區別すべき重要なる標準ではあるが、實際に於ては、家長は常に尊長であるから、是等の二の資格に基く權利義務は、常に錯綜混淆して、古來の律例の規定に據るも、又現在に於ける實際の社會的慣習に觀ても、其の間に、明瞭なる限界を劃することは、到底不可能である。故に、支那に於ける家長權は、同時に、尊長權をも包含すると解して、毫も差支はないのである。

而して、第二に支那に於ける尊長權なるものは、其の中に親權を包含するものであるが故に、前者を包括する家長權は、從つて同時に、後者をも包括することゝなる。蓋し支那に於ては、尊長卑幼の關係を認むるも特殊なる親子の關係を認めず、親權は、唯尊長權の一種たるに過ぎないものだからである。

第三に、家長權に伴ふものとして、今一つ宗子權なるものがある。宗子とは、祖先の祭祀を繼承すべき家祖の嫡長子孫を謂ひ、祖先祭祀の主祭者たる地位に在るものである。それ故に、家祖死して其の嫡長子が家長たる場合には、一面に於ては家長として一家を主宰し、他面に於ては、宗子として家祀を司祭するが故に、一身に二の資格を兼有するけれども、若し嫡長子が死亡して嫡次子若しくは庶長子が家長となる場合には、最早家長に於て家祖の

祭祀を司ることなく、嫡長子の嫡長子即ち嫡長孫が宗子として之に當るべく、宗法の精神よりすれば、家長と宗子とはかくの如く嚴格に區別さるべきものであるが、家長の地位は屢々宗子のそれと一致する許りでなく、宗法の觀念並びに制度が夙に崩壞した以後の支那に於ては、宗子の祭祀的特權が失はれ、其の結果として、家祀の主祭權を家長權の內容として認める樣になり、家長が宗子でない場合でも、祖祭司掌の宗子權を行使する樣になつたのである。此の樣にして、支那に於ける家長權の範圍は、極めて廣汎に亘り、其の內容も著しく複雜豐富となり、宛かも、古代羅馬の家長權に於けるが如き包括的權力たるの特質を具有するに至つたのである。

支那に於ける家長權の、其の範圍の廣汎にして內容の複雜豐富なることは、大體以上述べた如くであるが、支那に於ける家長制の家族組織は、此の樣な强大なる家長權によつて、統合歸一せられたものであるに外ならない。それ故に、其の家長權の下に在る家族の地位は、勢ひ最も從屬的ならざるを得ない。卽ち各家族員は、家長に對して絕對的服從の義務を負ひ、其の家族生活のあらゆる行動に於て、常に家長の支配に服從して行かなければならないのである。殊に婦女子は、既に家族として家長に服從すべき第一次的義務を有するのみならず、其の家族制が、父權的なる結果として、男子に對しても服從の義務を負ひ、實に、二重の服從を餘儀なくされるのである。從つて父權的家長制の下に於ける婦女の地位は、最も劣悪であると謂へる。所謂『婦に三從の道あり。家に在つては父兄に從ふ。人に適きては夫に從ふ。夫死しては子に從ふ。敢て自ら遂ぐる所なし』といふ道德律の如きは、最も端的に、支那家族制度に於ける婦女の劣悪なる地位を說明するものであるが、而かも、これは畢竟家族たる婦女の上に

働く父權的家長權が、如何に强大であるかを示す一例であるに外ならない。

## 第三節　家長權の推移

### 第一項　家長權推移の原因

支那に於ける家長權が、一面に於ては、法律上の保障を伴ひ、他面に於ては、社會的慣習の威力に依り、今尙極めて强大なる權威を揮ひつゝあるの事實に關しては、前節所述の如くである。

然るに、此の樣に强大な家長の權威が、其の下に服從を餘儀なくされる家族にとつては、可成り重大な桎梏であるべきことは、いふまでもなく當然の歸結であつて、此の點に於て、家長の權威に對する家族の反抗若しくは呪咀の感情は、相當に深刻なものがなければならぬ筈である。にも拘はらず、支那の『家』の內部には、依然として、昔ながらの家長の權威が振はれて居るのは、抑々何故であるか。惟ふに其の最も强い原因は、家族の經濟的獨立が得られない爲である。卽ち、支那の家族制度は、それの物質的基礎として、所謂家產制度なるものを有して居り、家族は自ら財產を所有する能力を缺ぎ、從つて、家長は『家』の中に於ける唯一の財產所有者であることを原則とする。從つて、家長は其の『家』の中に居住して、物質的に彼に依據して生活する家族の上に、最も强い支配力、或は時としては、脅威力をすら揮ひ得るのは、寧ろ極めて自然の數と謂はなければならない。而かも、かゝる支配權が、又一面に於ては、古來の禮敎的規範によつて保障せらつれゝあるに於ては、猶更である。卽ち家長は、一家の

尊長として、卑幼たる家族を道義的に支配する地位に立つて居り、其の地位は、神聖にして侵すべからざるものとされて居る。

それ故に、支那に於ける家長權の基礎は、一は家長が、經濟的に家族を支配し得る家產制度の上に在り、他は、家長が道德的にそれを支配し得る傳統的社會規範の上に在るものと謂はねばならぬ。前者は、家長權の物質的基礎であり、後者は、其の心理的基礎である。

支那に於ける家長の權威が、今尙昔ながらに、其の强大さを失はないといふのは、畢竟か〻る客觀的並びに主觀的基礎が、其の根柢に、依然確乎として、橫たはつて居るが爲であるが、併しながら、否、それ故にこそ、家長の權威は、此の二つの基礎の崩壞過程に沿ふて、漸次に推移せざるを得ないのである。

支那に於ける家產制度が、次第に崩壞しつ〻ある事情に關しては、次章に之を詳述する所であるが、現在に於ては、支那の家產制度は、必ずしも嚴格に行はれて居るところのものではない。卽ち、家族の特有財產を有つことが法律上許容されて居る許りでなく、家族が自己の勤勞によつて所得した財產を、私產として所有するの事實は、極めて多い。而かも、此の樣な家產制度の崩壞は、必然的に、家長權の衰微を結果せざるを得ない。何となれば、家族は、其の名義を以て取得したる財產を特有財產として保持し、其の上に完全なる權利を保有する以上、必ずしも常に、家長の扶養を受ける爲に、其の支配を甘受する必要がないからである。又他の一面より云へば、家長は、家族の特有財產の上に、處分權は云ふに及ばず、使用權も無ければ收益權も有たない。かくして家長の家族に對する

經濟上の統御力若しくは脅威力は、殆んご無きに近い譯となるからである。

家長權の實質が、經濟上の理由によつて失はれることは、略々上述の通りであるが、それと同時に又、家長の權威を事實上著しく薄弱ならしめる思想上の原因をも、亦看過してはならない。

支那に於ける家長權が、所謂尊長尊崇主義の禮教的規範に、其の心理的基礎を有するものであることは、既に之を述べた如くである。而して、所謂尊長尊崇主義とは、取りも直さず孝道に外ならない。然るに、支那に於ける所謂孝道なるものは、其の本質に於て、團體主義社會思想に根據するものであり、從つて、個人主義とは、最も緣の遠いものである。換言すれば、それは、團體の爲に自己を沒却する思想の產物であり、否寧ろ、團體と自己との關係に就き毫も反省するところなく、從つて自己の存在を全く意識せざる思想の產物である。

かくして支那に於ける孝道は、卑幼の尊長に對する絕對的服從を要求することによつて、尊長卑幼間の緊密にして秩序的なる關係を維持し、之を家族並びに其の有機的結合たる宗族に及ぼし、是等の團結を出來得る限り强く且つ大きくさせることによつて、社會組織の根柢を鞏固ならしめるといふ職分を有するものである。それ故に、かくの如き孝道は、支那に於ては、人類の倫理的義務として道德的に强要せられるといふよりも、寧ろ社會組織の構成を維持し、其の機能を全からしめんが爲に、社會的並びに法律的の形式で、强制せられて居る點が多いのである。卽ち、支那に於て孝道が重んぜられるのは、支那人に於ける倫理思想の發達を意味するものでなく、孝道に對する社會的威壓の力が、如何に强大であるかを物語つて居るに過ぎぬ。

支那に於ける强大なる家長權は、實に此の樣な性質を有する孝道に、其の心理上の根據を有して居るものであるから、若し一度、個人主義社會思想の出現した場合には、其の思想上の根據は、忽ち根柢から覆されるのは必然である。

社會發展の各時代は、それに適應した時代思想を產み出す。社會の經濟的發展により、資本主義發達の事實が、漸く顯著となりつゝある支那の現狀に於て、個人主義社會思想が、次第に擡頭しつゝあるのは、否定の餘地なき事實である。支那國民の思想的生活の觀察を等閑にして居ない人々は、新らしい時代思想が、潑溂として其の思想界に躍動して居る事實を、充分肯定するであらう。かくして、支那古來の禮敎的敎化は、其の古代性と非合理性とを暴露せられ、新たなる個人主義思想の確立と深化とによつて對抗せられんとしつゝある。現に新らしき敎育を受けた都會の靑年學生の間に、所謂『宗法社會』の打破が叫ばれ、若しくは所謂『非孝論』の唱へらるるが如きは、卽ち此の傾向を明示する一例證であるに外ならない。

而かも、かくの如き個人主義的思想が、社會の上層から下層へ、都會から農村へ、靑年から老人へ、漸次に浸潤して行つた曉には、やがて孝道なる中世紀的社會思想に基づいて存在する從來の家長權の內容が、早晚根本的な變革を受け、社會の現實に適應して、次第に近代的形式を明瞭に具有するに至ることを免れぬ。而かも、此の傾向を最も明瞭に反映して居るものは、家長權に關する法律的規定の變遷である。

蓋し、成法は、現存せる社會秩序を固定化する傾向を有するのではあるが、併しながら、成法それ自體は、社會

の進化に順應して、必然的に改廢せられゆくものであるが故に、成法の變遷を一瞥すれば、其の社會自體が、如何に變化したかを、大體に於て、明瞭にすることが出來るからである。

### 第二項　家長權に關する法律的規定の變遷

前述の樣な見地からして、今試みに、前清の律例並びに民國の民律草案に規定せられた家長の權利義務を比較するに、先づ大清律例に於ては、家長は外部に對して、一家を代表する地位に立ち、一方に於ては、家族を統率し、家政を總攝する權限を有し、他方に於ては、家に屬する公法上の義務を履行するの責任を負ふて居る。即ち家長は官に對して其の『家』を代表し、戶口を附籍し、及び賦役を負擔するの義務を有し、(戶律戶役『脫漏戶口』條律及同律田宅『欺隱田糧』條律)家政を總攝し、(戶律戶役『脫漏戶口』條註解並同『別籍異財』條註解)其の家產を管理若しくは處分することを得る、(戶律田宅『欺隱田糧』條輯註並同律戶役『別籍異財』條律)の權利を與へられて居る。律例のみならず家長は又、一家の最尊長として、全家族を統制し、其の行爲を監督規律する權限を保有して居る。律例中には、此の點に關する明かな規定を設けては居ないけれども、一家の尊長は、法律上、卑幼に對して、敎令(刑律訴訟『子孫違犯敎令』條律)懲戒(刑律鬪毆下『毆祖父母父母』條律)賣買(刑律略人『略賣人』條註釋)典雇(戶律婚姻『典雇妻女』條輯註)主婚(戶律婚姻『男女婚姻』條例)別籍異財の禁止(戶律戶役『別籍異財』條律)等の權限を有するが故に、一家の最尊長としての家長は、當然、是等の權利を有すと認めるのを至當とする。律例の規定に現はれた家長の權限は、かくの如く公法上私法上の二方面に亙つて、頗る廣汎且つ强大なものであ

るが、然らば、民律草案のそれに就いては如何。

民律草案中に示された家長權に關する規定を觀るに、其の內容は著しく貧弱である。即ち民律草案の規定に於ては、家の公法上の意義は、全く喪はれて居るから、家長の地位も亦、私法上の身分に外ならぬ。而して、家長の地位に伴ふ私法上の權利義務としては、第一に、家長は家政を統攝する權利があり、(第千三百二十七條)第二に、異居の親族が戶籍に入らんと欲する時は之を許諾し、又は拒絕する權利があり、(第千三百二十九條)第三に、男子無くして死亡したる者の爲に養子を立て、若しくは法律の規定に違背したる養子緣組を取消す權利があり、(第千三百九十五條、第千三百九十七條)第四に、後見人及び保佐人たることを得る權利があり、(第千四百十二條、第千四百三十三條、第千四百三十九條)第五に、扶養を受くる權利があり、(第千三百三十一條)第六に、遺產を承受する權利があり、(第千四百六十八條)第七には、家族に對して扶養を爲す義務がある、(第千三百三十一條、第千四百五十一條、第千四百五十三條)に過ぎない。

即ち民律草案に於ける家長權は、僅かに、往昔家長の有したそれの餘影を留めたるに過ぎず、家族に對する賣買典雇の權利の如きは、もとより云ふまでもなく、其の懲戒權、居住指定權、婚姻許諾權及び分家の同意權すら、之を家長から親に移轉して了ひ、(一三七四、一三七三、一三三八、一三二三條)僅かに殘された入籍許諾權の如きも入籍者が異居の親族である場合に限られて居る。かくして民律草案の家長權は、其の實質が甚だしく空虛となり、其の內容が、次第に親權として推移するの事實を示して居る。尤も實際には、家長と親とは同一人であることが多

く、此の二の資格に基づく權利義務は、常に著しく錯綜して、事實上、子の上に及ぶ權利を家長が持つか、親が持つかは、極めて不明瞭であるから、其の實際的効果の上より之を見れば、此の兩者の區別は餘り重要な問題ではないと考へられるのであるが、併しながら理論的には、此の權力の家長から親への推移は、明かに支那の大家族的形式が歐米風の Family の形式に轉移して行くことを意味するものであるに外ならない。思ふに、法律的見地に於て觀たる場合、家族制度は、家長權制度であり、個人制度は親權制度である。卽ち家族制度の下に於ける『家』は、家長權によつて統一せられたものであつて、其の全家族は家長權に服從し、親權は家長權の中に吸收せられて、殆んど其の存在を認められない。然るに、個人制度の下に在つては、夫婦及び其の保護の下に在る未成年の子の一團を Family と名づけては居るもの〻、此の家族そのものに法律上何等特殊の地位を認めたものではなく、單に夫婦親子の間に、特殊の權利義務の關係が認められて居るに過ぎぬ。

而して、此の條件を以て論ずれば、民律草案に規定せられた家族制度なるものは、宛かも、我國現行民法に於けるそれの如く、純粹なる家族制度でもなく、又純粹なる個人制度でもなく、其の中間に在る過渡的制度であると觀ることが出來る。何となれば、それは家長權と並びに親權との併立を認めて居るからである。

のみならず、支那の家族制度は、家長權そのもの〻性質の變化に鑑みても、其の推移の傾向が、充分に窺はれる。思ふに、民律草案に規定された家長權が舊法のそれと本質的に面目を異にする點は、單に其の强度及び公法的意義の有無許りでなく、絕對無限の包括的權力にあらずして、單に家族の統制に必要なる個々の事項に關する特定的權

利義務の集合に過ぎない點である。卽ち、往時の家長權に在つては、尊長權、親權、宗子權等の廣汎なる諸權を包含し、極端なる場合には、生殺與奪の權をも包含する强大なる包括的權力であつたが、民律草案に於ては、家長權と親權とを明瞭に區別して居る許りでなく、法文に規定せられた個々の權利義務以外に家長權を認めない。蓋し、包括的權力關係が分化して、個々の權利義務となるのは、法律關係進化の一般的原則であつて、支那に於ける家長權と雖も、毫も其の例外ではあり得ないからである。

かくして、民律草案に規定せられた家長權の實質は、之を往時に比すれば、單なる跟跡若しくは餘影に過ぎなくなり、且つ其の形式は、著しく近代的色彩を帶びて居る。而して、此の點に於て、支那に於ける家族制度の進化徑路若しくは家長的大家族制度の崩壞過程を法律的に論證し得ることと上述の通りであるが、併しながら、此の事を强調するの餘り、支那固有の家族制度が、既に崩壞し去り、若しくは急速に歐米風の家族制度に推移しつゝあるものと斷定するが如きは、明かに支那社會の顯著なる特異性を看過したものであつて、現實に即したありのまゝの支那の家族制度を、正當に理解したものとは云ひ難い。

要するに、支那に於ける家長權は、其の內容と形式とに於て、時代の變化に順應して、著しく推移しつゝあることは明瞭であり、從つて家長的家族制度が、漸次に崩壞せんとする傾向の容易に看取されることは否定の餘地なき事實であるとは云へ、而かも、現在に於ける支那の家族制度は、今尙依然として、全國的規模に於て、昔ながらの家長的家族制を維持しつゝあるのである。

# 第四章　家産制度

## 第一節　家族制度の物質的基礎

### 第一項　社會的に觀たる家産制度

支那の家族制度に於ては、家族は、自ら財産を所有する能力を缺ぎ、其の取得せる財産は、すべて之を『家』に歸屬せしめ、家族の特有財産とはならないのが原則である。換言すれば、支那の家族制度では、原則として、家族員の所有し、又は取得したる一切の財産は、すべて之を家族團體に固有なるものとし、家族團體の存立に必要なる財産として、家族員が猥りに之を費用若しくは處分することを得ないものとされて居る。それは、家族員の生活を保障し、『家』そのもの〻成立を可能ならしめる物質的基礎であると觀念せられ、殆んど、神聖不可侵のものと思考せられて居る。

かくの如く、家族各自の私有財産能力を認めない制度は、所謂家産制度に外ならないものであるが、支那に於ける家族制度は、此の家産制度を、それの物質的基礎として成立し、而して、此のプリンシプルは、殆んど普遍的に無産階級の間にまでも、行渡つて居るのである。卽ち、各無産者の家族內に在つても、家族員の勞働の結果は、すべて、家族團體そのもの〻收入となり、家族全員の協同生活に振向けられ、各個人は、之を擅に使用することを許

されない。それは、家族の一員としての働きの結果であるが故に、家族全體を扶養する資料として、共同に處理せらるべきものであると思惟されて居る。

此の樣に、支那の家族制度に於ては、家族が、特有財產を有つ能力を缺ぎ、一家の收入が、舉げて家族全員の生活資料に供せられ、家族の取得したる一切の財產が、すべて家族團體の所有に歸せられる結果として、其の家族制度は、必然的に、茲に『家』そのものに所屬すると觀らるべき財產、卽ち『家產』なるものを成立せしめる。而かも、かくして一度設定された家產は、『家』の物質的基礎として、家族の擅用を許ない許りでなく、所謂家系の連續を生命とする『家』そのものと不可分的に、世代を通じて、傳承さるべきことが、要求されるのである。

此の樣な財產は、普通、家產、家財、田產、又は單に財產等種々の名によつて呼ばれて居るが、是等は何れも特定の家族員にではなく、寧ろ『家』そのものに所屬するところの財產を意味するものであり、且つ『家』の存立及び維持の基礎となつて居る財產であると考へられて居り、從つて、家族員を支配する地位に在り、且つ家產の管理權を有する家長たりと雖も、之を猥りに處分することを得ないものとされて居る。

思ふに、家產制度は、何れの國、何れの時代に於ても、實に家族制度の核心をなすところの物質的基礎であつて、支那の家族制度が、今も尙依然として維持せられて居ることの最も强い原因は、それが家產制度といふ物質的基礎を有して居るが爲であるに外ならないと考へられる。蓋し、家族制度の客觀的基礎として、家產制度が存在することは、之によつて家族の物質的生活が保障せられ、又家產の支配權を握つて居る家長の威令が、完全に家族

內部に行はれることによつて、家族團體の統制がより鞏固になされ得ることを意味すると同時に、此の様な家産が一代の間に全部費消し去られることなく、永く後代に傳へられることは、『家』の時間的存續が、一層容易且つ確實にせられる所以に外ならないからである。

支那に於ける家族の統制が、主觀的に、家長權の働きによつてなされるといふことは、もとより否定すべからざる事實であるが、それと同時に、客觀的には、家産制度が、家族統制の最も重要なる基礎となつて居ることも亦、殆んど疑を容れないところである。何となれば、家長は啻に對人的に强大なる權力を有つて居る許りでなく、家産を管理し、家族の勞働の結果を取得する權利を有つて居るのであるから、從つて、家長は、其の『家』の中に居住して、物質的に彼に依據して生活する家族の上に、最も强い支配權を行ひ得るのは、寧ろ極めて自然の數と謂はなければならないからである。

のみならず、又、支那の家族制度に於ては、『家』は、祖先祭祀の永續を計らんが爲に、其の時間的存續を生命として居るものであるが、此の様な家族團體に對して家産制度の有する役目は、極めて重要である。何となれば、世代の前後を通じて、家産が存在するといふことは、永久的存續を必要とせられる家族に在つては、其の存續を一層確實にすべき最も有力なる物質的手段たるに外ならないからである。即ち、それは、家族生活の基礎となるべき物質の繼續的存在によつて、常に家族の經濟的協同が實現されると同時に、神聖なる家族精神が、それと共に、次代に移入せられることによつて、家族の心理的協同が保障せられ、從つて、物心兩面に亘つて『家』そのもの、繼續

が、極めて、容易且つ有力に、行はれることを意味する。

かくして、支那に於ける家産制度なるものは、要するに、其の家族制度の客觀的基礎であつて、畢竟、家族の協同生活を保障し、『家』の存續を維持せんが爲に、規定せられた物質的手段たるに外ならない。それ故に、個々の家族員は、擅に家産を費消して、家族團體存立の基礎を危險に導くことを禁止されて居ると同時に、其の所得したる一切の收入は、擧げて之を『家』に歸し、有能なる家長の管理に委任することによつて、家族團體の物質的基礎を益々鞏固ならしむべきことを要求せられて居るのである。

かくの如く、支那に於ける家産制度は、其の家族生活上極めて重大なる役割を演ずるものであり、謂はゞ、此の經濟的基礎の上に、其の家族制度が打建てられて居るところのものである。のみならず、支那に於ける家族制度はそれが家産制度なる物質的客觀的基礎の上に成立することによつて、始めて、最も嚴密なる意味に於ける家族制度であると謂ひ得るのである。

叙上は、支那に於ける家産制度を、主として、社會的見地よりして考察したのであるが、然らば、支那に於ける家産制度を法律的に觀たる場合は如何。

## 第二項　法律的に觀たる家産制度

思ふに、家産制度なるものは、我國封建時代の家族制度に於てはもとより、古代羅馬日耳曼等の家族制度に於ても亦、容易に之を發見し得るところであるが、併しながら、家産制度の法律的形式に至つては、種々の差別があり

必ずしも一様ではない。卽ち種々多數の民族が、過去に於て、或は、今尙現在に於ても、家產制度を有つて居るが之を內容的に點檢すれば、悉く互ひに相違するところがあり、殆んど、一として同じものはないと言つても差支へはない。のみならず、我國現在の家族制度に於けるが如く、社會的には、家產の觀念が多少の程度に於て存在しつゝあるにも拘はらず、それは全く社會的意味に於てに止まり、法制上何等家產なるものゝ存在が認められて居ない樣な場合もある。米佛等に行はれて居る Homestead（家產）の如きはもとより論外とするも、所謂家產制度によつて意味せられる內容は、極めて廣汎多岐に亘るのである。

然らば、支那に於ける家產制度の法律的性質は、果して如何樣になつて居るか。是卽ち以下に論述せんとするところである。

支那に於ける家產制度の法律的性質を明かにすべき成文法は、いふまでもなく、前淸現行律である。蓋し、支那に於ては、民國以來、未だ民法典の公布を見ず、一般民事に關する前淸時代の法律は、民國國體と牴觸せざる限り暫く之が援用を許可されることになつて居るからである。

然るに、前淸現行律卽ち大淸律例は、財產に關し、家產主義を採り、財產は一切『家』に屬するものとして、家族各自の特有財產を認めず、家族の取得したる財產は、悉く『家』に歸屬せしめ、其の專用を禁止して居る。換言すれば、大淸律例は、家族の私有財產能力を認めず、家族の勞働の結果を、『家』に歸屬せしめる主義を採つて居るのである。

思ふに、財産に關する家產主義は、支那法に於ける傳統的觀念であつて、其の淵源は、之を遠く古代の禮敎的規範にまで遡ることが出來る。禮記曲禮に『父母在、不得有私財』といひ、其の內則にも、『子婦無私貨、無私畜、不敢私假、不敢私與』とあるが如きは、最も端的に、此の觀念を示したものである。

而して、家族が特有財產を有ち得ないことは、旣に唐律に明言されて居る。卽ち其の戶婚律には、

『諸祖父母父母在、而子孫別籍異財者、徒三年。』

とあり、明淸律亦、之を踏襲して、其の戶役門別籍異財律に、

『凡祖父母父母在、子孫別立戶籍、分異財產者、杖一百。』

と規定し、祖父母父母卽ち尊長若しくは家長の在世中、家族たる卑幼が、戶籍を分つことは勿論、異財卽ち特有財產を有つことを禁止して居る。

それと同時に、家族が、家產を擅用し得ないことも亦、律例の明文を以て規定せられて居るところである。卽ち戶役門卑幼私擅用財律に、

『凡同居卑幼、不由尊長、私擅用本家財物者、十兩杖二十、每十兩加一等、罪止杖一百。』

とあるは卽ち是であつて、此の條文は、明律を殆んど其の儘踏襲したものであり、其の由來するところは唐宋律の規定であるが、右の條文に所謂『本家財物』とは、家產を指稱するに外ならず、卑幼たる家族が、家產に屬する財物を擅用することを禁止したものである。

而して、此の様に、家族の擅用を許さないところの家產が、尊長卽ち家長の手によつて管理せらるべきものであることは、前掲の條文に觀ても、略々了解されるのであるが、此の事は、同律の註解によつて、更に明瞭である。卽ち、

『卑幼與尊長同居共財、其財總攝於于尊長、而卑幼不得自專也。』

是に由つて之を觀れば、家產は尊長に於て、之を管理し、他の家族は、之に對して異議を唱ふることが出來ない許りでなく、尊長の許諾なくして、家產を擅用し得ざることは、極めて明白である。而して、右に所謂尊長とあるは、一家中の唯一最尊長、取りも直さず、家長を指稱するものであることは、もとよりいふまでもない。

更に又、前掲『別籍異財』律の條文は、專ら、祖父母父母在世中、換言すれば、家長の在世中、子孫の分財異居を許さざる旨の規定であるが、其の死後に於ても、兄弟又は叔姪が、財產を分割することなくして、同居共財を持續する場合はもとより、是等の者が財產の分異を行つて別居した場合に於ても亦、其の財產は、其等の者の私產となるに非ずして、各分得者の『家』に屬する家產となるものであることはいふまでもない。換言すれば、家產の分割は、唯、從來一團の家產たりしものが、分れて數團の家產を生ずる結果を招來するに止まり、私產を發生せしむるものではないのである。

尙又、支那の法制に於ては、家產の分配を受くる權利のある者は、其の家產の屬する『家』の家族に限り、他家の家族は、如何なる場合にも、其の分配に與ることを得ない。若し他家の者に分配せんと欲せば、先づ其の者を養

子として自家の家族にして置く必要がある。かくの如きは、卽ち家產の家產たる本質に基く當然の要求であり、若しくは、財產が『家』に屬するものであることに職由する必然的歸結であるに外ならない。

以上瞥見するところに據れば、大淸律の規定が、財產に關して家產主義を採つて居ることは、最早爭ふべからざる事實であると考へられるのであるが、併しながら、家產そのもの、法律的性質に關しては、律例の之に關する諸規定を以てしても、未だ必ずしも明瞭であるとは言ひ難い。

## 第二節　家產の性質

### 第一項　家產の權利主體

凡そ、家產の性質如何は、畢竟、其の權利主體の如何に關聯する問題であるから、家產の性質を明瞭にする爲には、先づ、其の權利主體が何であるかを、明かにする必要がある。

前節に於ては、家產を以て『家』に屬する財產なりとし、宛かも家產の權利主體が、法人的性質を有する『家』であるかに論述したが、しかし、法律的に嚴密に言ふときは、こは必ずしも正確なる論斷ではない。何となれば、支那法に於ては、『家』は抽象的意義を有するに拘はらず、法律上獨立の人格を與へられては居ないのであるから、從つて、家產は、一家を組織せる人員の一人又は數人に屬する財產たらざるを得ないからである。

茲に於て、家產の權利主體に關しては、或は之を以て家祖に專屬する財產なりとし、或は家族全體の共有又は合

有に屬するものと爲し、或は家祖在世中は家祖に專屬し、其の死後は承繼人（相續人卽ち家祖の直系男卑屬）に歸屬するものと爲す等、種々の異說があり、而かも是等の諸說は、何れも相當の論據を有して居り、其の何れを是とすべきかは、律例の之に關する規定が甚だ不備であるが爲に、容易に斷定を下し難いのであるが、其の中最後の說は、律例の精神並びに實際の慣習に照らして最も妥當なるものと考へられるから、茲には、主として『臺灣私法』が採るところの見解を基礎として、左に之を論述しよう。（同書五四九頁以下參照）

家產は、家祖在世中と、其の死亡後とによつて、又其の死亡後は、承繼人の一名なる時と、二名以上なる時とによつて、其の權利主體を異にするものである。從つて、家產の性質も亦、是等の場合に應じて、夫々同一ではあり得ない。

第一　家祖在世中の場合

一家の創始者たる家祖の在世中は、家產は、家祖を以て、其の權利主體とする。換言すれば、家祖は家產に對して、完全なる所有權を有し、任意に家產を管理し、使用收益し、及び處分する權能を有する。故に此の場合には、家族は自ら財產を所有するの能力を缺ぎ、其の取得せる財產は、すべて家祖の專有に歸屬せしめ、各自の擅用を許されないのはいふまでもないが、家祖が、家族の不利益に於て家產を處分したときと雖も、家族は何等之に對して異議を唱ふることが出來ない。卽ち、家祖は、自己の名義を以て、任意且つ自由に家產を處分することを得、承繼人又は其の他の家族の同意若しくは連署を必要としない。

第二　家祖の死後其の承繼人が一名なる場合

家祖の死後、承繼人卽ち家產相續人が、唯一名なる場合には、家產は、該承繼人を以て、其の權利主體とする。換言すれば、該承繼人は、家產に對して完全なる所有權を有し、任意に、家產を管理、用益並びに處分する權能を有すること、家祖が家產に對する場合と異らない。

第三　家祖の死後其の承繼人が二名以上なる場合

家祖の死後、其の承繼人が、二名以上ある場合、例へば、兄弟或は叔姪が、承繼人として並存する場合には、家產は、是等承繼人の合同體を以て、其の權利主體とする。換言すれば、各承繼人は、合同して家產の所有權を有し其の中の尊長之を代攝管理するものである。それ故に、此の場合には、所謂家族共產體が成立するのであるが、一般に、家祖の死後、其の承繼人が二名以上なる場合は、甚だ多く、のみならず、支那に於ては、古來數世同居共財を美風とし、家祖の死後、其の家產を合同に相續せる諸兄弟が、これを分割することなく、互に同家共產的生活を爲すの風習が、一般に行はれたところからして、律例の註解及び輯註は、殆んど悉く、かくの如き家族共產體を前提として、立言して居る。

例へば、前顯、戶律戶役卑幼私擅用財律『凡同居卑幼、不由尊長、私擅用本家財物者、云々』の註解には、『卑幼與尊長、同居共財、其財總攝于尊長、而卑幼不得自專也』とあり、又同律の輯註には『不曰盜財、而曰擅用、蓋本家財物、卑幼亦所應有者、但責其不請於尊長耳』とあり、卑幼が家產を擅用し得ざる理由を說いて、家產が尊長と

卑幼の共產にして、其の管理者が尊長なるが爲なりとなして居る。

更に又、刑律賊盜親屬相盜律『若同居卑幼將引他人、盜已家財物者、卑幼依私擅用財物論加二等云々』の註解にも亦、『同居謂一家共產者也、同居共產之卑幼、原係應有財物之人』と謂ひ、一家の財產は、同居者の共產なることを示して居る。

以上によつて觀ても、律例の註解及び輯註が前提して居るところの家產が、卑幼と尊長の共產であることは、極めて明白であるが、しかし、前述した樣に、尊長と卑幼とが、財產を共同にするのは、家祖の死後、承繼人二名以上ある場合、例へば兄弟若しくは叔姪が、承繼人として並存して居る樣な場合に限るものであつて、家祖の在世中、又は其の死後と雖も、承繼人が唯一名なる場合には、家產は、家祖又は承繼人に專屬して、所謂家族共產體を發生せしむることはないのである。

それ故に、前記律例の本文、卽ち私擅用財律及び親屬相盜律の條文には、單に『同居卑幼』の語あるのみであつて、『共財』の語なく、從つて、同居の卑幼たる以上は、其の共產なると否とに論なく、それが家產を擅用したる時、或は、他家の者を引いて家產を盜みたる時は、悉く是等の律に照らして之を處斷すべきに拘はらず、註解及び輯註が、之に『共財』の條件を附し、家產が共產である場合に限定したのは、明かに妄斷の譏を免れないのであるが、併しながら、これは、曩にも述べた樣に、家產は、尊長と卑幼との共產である場合が、通例であつたから、律例の註解及び輯註は、特に此の點に著眼して立言したものであると解すべきであらう。

支那では、家族共產制のことを、同居共財或は同居共爨と謂ひ、屢々略して同財或は同爨、若しくは同居、時に義居とも呼んで居る。殊に同居なる語は、嚴密には、毫も共財と否とに關せざるにも拘はらず、最も普通に同居共財の意味に使用されて居る許りでなく、律例の註釋すらもが、此の意味に解して居ることは、前段に述べた通りである。

反對に、共產者若しくは家族が、財產を分つて別居することを、分財異居と謂ひ、略して單に分異、分財、異爨別居或は各居と稱して居る。而して、別居或は各居の語も亦、通例別居異財を意味する。其處で、特に注意される一事は、支那に於ては、分家は、取りも直さず、家產を分割することであつて、『家』と財產とが、極めて密接不可分の關係に置かれて居ること、是である。是蓋し支那の家族が、家產なる物質的基礎の上に成立して居ることに職由する當然の結果であるに外ならない。

以上を要するに、支那に於ける家產なるものは、家祖在世中は、家祖の所有に屬し、家祖の死後、承繼人一名のみなる場合は、其の承繼人の所有に屬し、承繼人二名以上ある時には、其の合有に屬する財產なりとすべきものである。

而して、支那に於ては、古來、家產を合同に承繼せる諸兄弟が、之を分割することなく、所謂同居共財の狀態に在ることを美風とし、而かも、かゝる慣習が、最も普遍的に行はれたことが、法律の規定を通じて、明かに示されて居る。

尤も、現在に於ては、所謂數世同居共財の淳風美俗は廢れ、父祖の死後は、直ちに家產を分割して、別居することを、寧ろ一般普通の慣習として居るけれども、而かも尙、傳統的保守的な支那社會の現狀に在つては、かの所謂同居共產の風習も、未だ容易に無視し難い勢力を保つて居るのである。

それ故に、支那に於ける家產の性質を、更に明瞭ならしめんが爲には、それの最も複雜なる形式であるところの家族共產の性質を、今少しく詳細に檢討することが、是非とも必要であると考へられる。

### 第二項　家族共產

既に述べた樣に、支那法では、家祖在世中、家產は、其の專有に歸屬せしむるの制であるから、家祖在世中は、もとより家族共產體は成立しない。併しながら、家祖の死後は、其の遺產を合同に相續せる諸兄弟が、これを分割することなくして、互に同家共產的生活を營むのを美德とするから、兄弟共產制は、尠くとも、稍々普遍的なる形式である。

而して、此の樣な共產の管理者は、尊長たる長兄であつて、此の者が家產の管理權を保有し、他の承繼人及び其の他の家族は、管理者たる尊長の許諾なくして、擅に家產を費用することを得ない。（前顯戶律戶役私擅用財律及其註解）併しながら、かくの如き尊長が、共產に關して行使する權能は、單純なる財產管理權たるに止まり、もとより任意に之を處分する權利を含まない。換言すれば、かゝる尊長は、家產の完全なる所有者に非ずして、單に其の代攝機關たるに過ぎざるが故に、家產の處分に當つては、他の承繼人全部の同意を經なければならない。

共産親の範圍は、家產承繼人卽ち被承繼人の直系男卑屬に限られて居るのであるから、如何なる場合にも、妻妾及び女子孫を包含しない。併しながら、承繼人間の共產は、中間分異を經ざる限り、彼等の子孫數世に亘つて繼續せられるものであるから、共產親の範圍は、時としては、甚だ廣汎なるものとなる。

思ふに、支那に於ては、父祖の死後、其の遺產を合同に相續せる諸兄弟が、これを分割することなくして、長く同居共財の狀態に在ることは、最も美風とせられるところであつて、往昔には、五世以上の同居共財を、特に義門として、門閭に旌表するの制であつた。此の樣に、五世以上の同居を、特に表彰したことから考へて見ると、普通の同居共財は、多くは四世以下に止まつたものと考へられるのであるが、四世とは、其の家の家祖より起算して、子、孫、曾孫、玄孫迄、傍系親に就いて言へば、兄弟、從兄弟、再從兄弟、三從兄弟迄を包含するもので、支那の親族制に據れば、四世は所謂『服之窮也』であるから、五世以上は、所謂有服親族ではないのである。五世以上の同居を所謂義門として旌表したのは、無服親族にして、而かも同居共財の狀態に在ることを、特に推奬したものに外ならない。

上述の如く、同居共產親の範圍は、時としては、五世以上の親族を包容し、甚だ廣汎なるものとなるのであるがかくの如き同居親族の共產は、何時にても、共產者卽ち承繼人間の協議によつて、之を分割することが出來る。共產者各自卽ち各承繼人の得額は、律例の規定に據り、必ず均等なることを要する。(卑幼私擅用財律)

各承繼人は、其の尊長たると卑幼たるとを問はず、共有家產に對して、皆一份の權利を有すること、もとより言

を俟たないところであるが、併しながら、其の份率は、實際共產分割の際に至らざれば確定せず、且つ之を他人に處分し、又は他の承繼人に歸屬せしむることを得ないものである。是普通の共有財產に於ける持分とは、些か其の性質を異にせる點であつて、家族共產體に於ける各共產者の持分は、潛在的で、初めより確定せず、共產分割の時期に至るまでには、變動することがあり得べき持分である。例へば現在三人の兄弟あるも、家產は此の三人のみの共有に非ずして、他日養子緣組又は出生等の原因により、更に一人若しくは數人の兄弟が出來た場合には、其の後の兄弟も亦家產の共有者たることを得るものであり、又、若し共產者の一人が早世した場合に於て、其の直系卑屬あるときは、後者は前者に代位して、其の假想的持分を承繼するけれども、直系卑屬無きときには、其の持分は殘存共有者の持分に添增するものである。卽ち是等共產者の共有は、畢竟動搖的持分の共有に外ならない。されば、各自は、其の持分を、自由に處分することが出來ない。共產の全體卽ち家產全部は勿論、其の一部を處分する場合にも、共產者總體の同意を經ることが必要である。此の樣な共同所有關係は、羅馬法若しくは之を繼受したる我國法の共有とは、頗る其の法律的性質を異にしたものであつて、日耳曼法系の獨乙法の所謂總有若しくは合有に、著しく類似して居るところのものである。

以上を要するに、支那に於ける家族共產なるものは、家祖の死後、承繼人二名以上ある場合に於て、是等が家產を合同に承繼し、而かも之を分割することなくして、所謂同居共財の狀態に在る場合の家產を指稱するものであつて、そは合同承繼人たる兄弟若しくは其の子孫たる傍系親間の合有財產たるに外ならないものである。

## 第三節　家産制度の崩壞

既に述べたるが如く、支那に於ては、古來財產に關し、家產主義を採り、財產は一切『家』に屬するものとし、家族各自の特有財產、卽ち私產を認めなかつた。卽ち、支那の舊法では、家族は、自ら財產を所有する能力を缺ぎ其の自己の名義を以て、取得せる財產も、之を家產とし、すべて家長の管理に歸屬せしめ、之が專用を許さざる制であつたことは、既に前二節に亘つて、之を詳述した如くである。

然るに、かゝる法制にも拘はらず、實際の慣習に於ては、一方、社會の經濟的進步に伴ひ、漸く家產の分割が、頻繁に行はれる樣になると同時に、他方、婦女の婚資を先驅として、種々家族の特有財產が出來るに及んで、財產に關する個人所有の觀念が、漸次に發達し來り、遂には、各自の勤勞に因つて獲得した財產は、之を私產として、家產より區別するに至つた。現に、法律上、家族が、絕對に特有財產を有ち得なかつた前淸時代に於てすら、既に實際に於ては、法律の規定に反して、家族の私產が存在して居た許りでなく、それが益々發達せんとするの傾向があつた。(『臺灣私法』五四八頁)

現在の支那に於ては、土地家屋等の不動產に關する限り、家產主義の觀念並びに慣習が、今尙支配的勢力を揮つて居るが、其の他の財產に就いては、多く財產上の個人主義が行はれ、各家族が、自己の名義に於て取得せる財產は、之を家產とせず、各自の特有財產となして居る樣である。

それ故に、現時支那に於ては、家に屬する財産卽ち家產と、家族に屬する財産卽ち私產との兩種の財産が存在するに至つたのである。

のみならず、大理院の判例に於ても、亦家產の外に、家族の特有財產を認め、法律上家族の私有財產能力を認むるに至つた。例へば、大理院十一年上字第三〇六號判例要旨を見るに、

『分家前に於て、自己の名義を以て取得したる財產は、其の特有財產と爲す。此種の財產は、若し當事人にして之を家產に歸入することに同意したる場合を除き、若し當事人が是を以て自己勞力の所得とし、家產に歸入することを背んぜざる場合に於ては、之を家產と看做して其の分割を强制することを得ず。』

とあるが如きは、卽ち是である。而して、いふまでもなく、此の樣な家族の特有財產卽ち私產は、其の管理用益及び處分權共に該家族に專屬し、家產の管理權を有する家長の制肘を受けることはない。

然らば、此の樣な家族の特有財產卽ち私產の發生は、支那の家族制度に對して、果して如何なる影響を與へるものであるか。

私產の發生は、いふまでもなく家產制度の崩壞を意味する。然るに、曩に、第一節に之を詳述した樣に、家產制度なるものは、家族制度の客觀的基礎と觀るべきものであるから、それの崩壞は、取りも直さず、其の上部構造たる家族制度の根柢に對して、致命的な打擊を加へるものであるに外ならない。何となれば、家產制度の下に在つてこそ、家長は、物質的に、彼に依據して生活する家族の上に、最も强大なる統制的權力を振ひ得るけれども、一度

家産制度が崩壞して、家族の特有財産が發生する樣になれば、其の上に何等の支配力をも有せざる家長の統制的權力は、實質的には、頗る薄弱なものとなり、家族の結合が、頓に弛緩するに至るべきは、極めて自然の數だからである。蓋し、特有財產なるものは、全く家族團體若しくは家長の支配外に在るが故に、之を所有する家族は、必ずしも家族團體若しくは家長の扶養を必要とせざるは勿論、毫もそれ等の干涉を甘受し、若しくはそれ等の支配に服從する必要がないからである。

かくして、財產の個人所有が行はれる結果は、先に家族の財産上に全權を握つて居た家長の地位は、自ら薄弱となつて、家族の統制が紊れ、遂には家族の形式が、歐米風の小家族に推移するに至り、家族制度が、根本から覆へされる結果となるに至るべきは、理論上當然の歸趨である。

然るに、支那に於ては、今も尙、財產は家產主義に則り、祖先傳來の家產はもとより、各自の勤勞に因つて獲得した財產と雖も、之を家產として、尊長の管理に委するを以て一般に美風とするの觀念が、深く道德思想の根柢に橫たはつて居り、事實上に於ても、重要なる財產に就いては、依然として家產主義が、可成り嚴格に行はれては居るけれども、併しながら、それと同時に、自己の勤儉貯蓄したる財產を、其の特有財產として所有せんとするの傾向が漸く强く、而かも、此の樣な家族の私產は、今後益々發達せんとしつゝあるの勢ひに在る。

而して、右に述べた樣な傾向を、最も明瞭に反映して居るものは、とりも直さず、民國民律草案の規定である。家族が特有財產を有ち得ることは、民律草案第千三百三十條に於て明言されて居る。のみならず、民律草案に於

ては、家族は、家族なるが故に、其の權利能力並びに行爲能力に何等の制限を受けるこさはないのであるから、從つて、家族は、凡て自己の名義を以て得たる特有財產の上に、完全なる權利を有して居る。それ故に、家長は、家族の財產上に處分權は云ふに及ばず、使用收益の權利も有たない。成年の家族は完全に獨立して居つて、其の特有財產の賣買典質に當つて、家長の同意を必要とするこさがない。加之、債務關係に於ても亦同樣であつて、家長の契約によつて家族が債務を負擔するこさはなく、又家族の契約によつて家長が債務を負擔するこさはない。かくの如く、財產關係に於ては、家族は全然獨立して居り、毫も家長の制肘を受けるこさはないのである。是最も個人主義的な別產主義に外ならないものであつて、此の樣な別產主義が、極端に貫かれた曉には、やがて家族制度の客觀的基礎こしての家產制度が完全に崩壞し、其の事の當然の歸結こして、家族制度は、自ら其の朽廢の過程を辿るに至るべきは、極めて明瞭である。

乍去、既述の如く、尠くこも、支那の現狀に於ては、家族が、各自の特有財產を有ち得るこさは、法律上明かに公認せられて居り、且つ實際上、家族の私產が益々發達せんこする傾向が、明瞭に示されては居るものの、それこ同時に又、傳統的な家產制度が、今も尙著しき程度に於て、其の强制力を振ひつゝあるこさも亦、動かすべからざる慣習上の事實である。卽ち支那の現在に於ては、事實上並びに法律上、家族の特有財產が存在するこさは、否定すべからざるこころではあるのだけれごも、而かも、此の種の財產は、寧ろ例外的こ言つてもよく、全體こして觀れば、昔も今も、所謂家產が、それこは比較にならぬ程重大な意義を有つて居る。現に、支那に於ける最も重要な

る財産であるところの土地家屋等の不動産は、殆んど例外なく家産に屬するものであつて、是等に關する純然たる個人所有の事實並びに觀念は、支那の現狀に於ては、僅かに其の崩芽を認め得るに過ぎない。

卽ち、現在支那の家族制度に於ても、尙『家』の內部には、昔ながらに家長の權威が振はれて居り、家族は自ら財產を所有する能力を缺ぎ、その取得せる財產は、總て家長の管理に歸し、之を自由に使用處分する權利を有たないことを原則として居る。其の代り、家族は家長の扶養を受ける權利を有し、女子は婚姻の際に、婚資の分與に與る權利を有つて居る。而かも、家長たる父の死後、其の遺產を相續せる諸兄弟が、これを分割することなくして、互に同家共產的生活を爲す場合は勿論、是等の諸兄弟が、遺產を分割して分家する場合にも、決して各人の私產卽ち特有財產を生ずるものではなく、唯一家の家產が分れて、數家の家產と爲るに過ぎない。卽ち其等の財產は、各家族の經濟的基礎となるものであつて、家族の扶養、祖先祭祀等の目的以外には、猥りに之を處分し得ざる性質のものである許りでなく、之を承繼し得る權利あるものは、其の『家』の家族に限り、他家の家族は、如何なる場合にも、此の權利を有しない。是、此の種の財產が、支那に於ける家族團體存立の根柢を爲すところの家產であると觀られる所以に外ならない。

要するに、支那に於ける家產制度は、所謂家族の特有財產の發生により、相當著しき程度に於て、崩壞して居り且つ早晚全く崩壞し去るべき運命が、豫示せられて居るとは言ふものゝ、而かも今尙依然として、其の傳統的勢力を失はず、所謂家族制度の核心をなすところの物質的基礎となつて居るのである。

# 第五章　婚姻制度

## 第一節　總説

### 第一項　婚姻制度の淵源

婚姻制度は、家族制度の基礎であつて、人類社會に於ける最古の而して最も廣汎なる制度である。

單に支那こ云はず、何れの社會に於ても、原始未開の時代に在つては、婚姻自體の制度こしての意義が、極めて薄弱であつたことは、いふまでもないが、社會の文化が、幾分の進歩を示し、社會生活が、或る程度にまで向上すると、婚姻安定の要求は漸く增加し、其の社會は必然的に、婚姻關係を安全に保障すべき共同欲望を抱くに至り、此の爲の社會規範が產み出される。是取りも直さず、婚姻法の出現であるが、此の時に至つて始めて婚姻關係そのものが、侵すべからざる存在こして社會的保障を受くるに至り、婚姻の制度こしての重要性が著しく增して來るのである。

然るに支那に於ては、既に西歷紀元前約三千年の昔、卽ち伏羲氏の時代に、社會的規範こしての婚姻法が比較的整つた形に於て出現したことは、其の傳記に、『制嫁娶、以儷皮爲禮、正姓氏、通媒妁』こあるに徵しても明瞭である。卽ち是によつて觀れば、當時に於ける婚姻成立の要件は、(一)儷皮を以て結納の禮物こ爲すこと、(二)姓氏を

明かにすること、(三)媒妁人を立つることの三であつて、當時既に婚姻が、社會的意義に於て、制度としての重要性を有つて居たことが、明かに推定し得られるのである。

此の樣に、支那に於ける婚姻制度は、既に伏羲氏の時代に、其の原始的基礎が確立されたと考へられるのであるが、其の後、五帝及び夏殷時代を通じて、其の社會文化の發達に伴ひ、婚姻の制度としての重要さが、益々增大して來ると同時に、婚姻法が、其の形式と內容とに於て、著しく完成の域に近づいたのである。

かくして、周時代に至つては、支那の婚姻制度は、全く完成の域に達し、周の婚姻法は、長く後世の模範として歷代の法規によつて踏襲された許りでなく、支那に於ける現行の婚姻制度そのものも、實は依然として、此の古代的基礎の上に打建てられて居るところのものである。

それ故に、現在支那に於ける婚姻制度の如何なるものであるかを明かにする爲には、是非とも、先づそれの基礎となつて居るところの周代の婚姻制度を、一瞥して置く必要があるのである。

周制に據れば、婚姻は、上下を通じて、『六禮』を行ふことを以て原則とし、婚姻が有効に成立し得る爲には、必ず六禮を行はざるべからざるものとし、六禮を缺ぎたる婚姻は、之を正式の婚姻に非ざるものとした。禮記內則に『六禮不備、謂之奔』とあるは、卽ち是を示すものである。

而して、六禮とは、納采、問名、納吉、納徵、請期、親迎の六を謂ふのであるが、納采とは、男家が先づ女家に禮物を贈るを謂ひ、問名とは、男家が女家に對して、女の姓名其の他を問ふを謂ひ、納吉とは、緣談の吉凶をトし

たる後、正式に婚約の申込を爲すを謂ひ、納徵とは、婚約締結の證として、男家より女家に聘財を納むるを謂ひ、請期とは、男家が婚日を定めて、女家に故障の有無を問ふを謂ひ、親迎とは、婚日に夫親ら女家に赴きて妻を迎ふるを謂ふのであつて、畢竟六禮なるものは、婚姻成立の要件並びに順序を示したものである。

以上述べた六禮なるものは、婚姻締結の爲の儀式、換言すれば、婚姻の形式上の要件であるが、婚姻の實質上の要件として、周代に規定せられたところのものは、所謂同姓不婚制である。卽ち婚姻は、必ず異姓間に締結すべきものとし、同姓間の通婚を法制上絕對に禁止したのは、實に周代に始まるものであつて、それ以前に於ても、異姓相婚するの習慣が行はれたことは、疑ふべからざる事實ではあるけれども、周の同姓婚の禁止は、特に前代の禁止を擴張し、同姓は、祖先を共にし、血統を同じくする者なるが故に、百世の後と雖も、絕對に通婚するを得ざるものとしたのである。孔子家語に『同姓爲宗、有合族之義、故繫之以姓而弗別、綴之以食而弗殊、雖百世昏姻不得通周道然也』とあるのは、卽ち是を指すのである。

其の他、婚姻に關する五不娶、七出、三不去の制の如きも、悉く周代に始まつたものであつて、是等は皆後世に於ける婚姻制度の原則となつて居るものである。而して、五不娶、七出、三不去等の內容に關しては、孔子は、之を次の如く說明して居る。

『女有五不取、逆家子者、亂家子者、世有刑人子者、有惡疾子者、喪父長子者、婦有七出三不去、七出者、不順父母者、無子者、淫僻者、嫉妬者、惡疾者、多口舌者、竊盜者、三不去者、謂有所取無所歸、與共更三年之喪、

先貧賤後富貴、凡此聖人順男女之際、重昏姻之始也。』（『孔子家語』）

支那に於ける婚姻制度の淵源若しくは基礎を爲すところの周の婚姻制度は、大體以上述べた如くであるが、飜つて思ふに、凡そ、あらゆる社會制度は、畢竟其の社會に於ける理想或は觀念の客觀的具體的實現に外ならないが故に、支那の婚姻制度を、最も明瞭に理解せんが爲には、更に遡つて、當該社會に於ける婚姻の觀念を、一應檢討して置く必要があると考へられる。

## 第二項　婚姻に對する觀念

支那に於ける婚姻の根本觀念を、支那最古の文獻たる易經に徵して之を觀るに、易の下經は、咸卦を首とし恒卦を次とし、咸は男女感應の義であつて、男女間の意思表示を意味し、恒は永久不變の義であつて、男女の終生的結合を意味する。而して、是に關して程傳の註するところに據れば、『天地萬物之本、夫婦人倫之始、所以上經首乾坤、下經首咸繼以恒也、天地二物、故兩卦分爲天地之義、男女交合而成夫婦、故咸與恒皆二體、合爲夫婦之義』とあり、由是觀之、支那に於ては、既に、三代以前に於て、婚姻を倫理の基礎とし、之に道德的重要性を賦與したことが明瞭である。

是蓋し、支那民族が、古來倫理を最も重んずる民族であつたことに職由する當然の結果であるに外ならない。のみならず、支那は、古來所謂祖先崇拜の禮敎國である。卽ち祖先崇拜を以て、禮敎の根本規範とし、且つ之を以て治國の要道と爲した。換言すれば、祖先崇拜を國民道德の最も重大なる規範とし、立國の指導原理を祖先祭祀

に置き、上天下より下庶民に至るまで、祖先の祭祀を行ふことを、人生の最大責務とした。其の婚姻を重んずる趣旨も亦實に、茲に存する譯であつて、禮記昏義に、『昏禮者、將合二姓之好、上以事宗廟、而下繼後世也、故君子重之』とあるは、卽ち此の觀念を、最も端的に表明したものである。

而して、支那は、又一方に於ては、所謂家族制度の社會である。卽ち、祖先崇拜を社會結合の基本的紐帶とし、家族を以て、社會構成の基礎的單位と爲すと同時に、血族相續を以て、社會組織の根本原理と爲した。然るに、婚姻なるものは、上は祖先の祭祀を繼承し、下は子孫の斷絕を防止する唯一の手段であると同時に、家族制度並びに社會組織の依つて以て成立するところの基礎である。易經卦傳に、『有天地、然後有萬物、有萬物、然後有男女、有男女、然後有夫婦、有夫婦、然後有父子、有父子、然後有君臣、有君臣、然後有上下、有上下、然後禮義有所錯、夫婦之道、不可以不久也、故受之以恒也』とあるは、卽ち此の觀念を示したものであつて、婚姻が、家族及び社會組織の基礎なるが故に、殊に之を重要視する趣旨を明かにしたものである。

思ふに祖先崇拜を、社會の根本規範とする支那に在つては、祖先祭祀斷絕の憂なからしむるは、人が其の祖先に對する絕對的義務であるとせられ、祖先の祭祀を繼承すべき子孫を遺さずして死するは、不孝の最大なるものと思惟せられた。卽ち孟子曰く、『不孝有三、無後爲大』と。然るに、支那に於ける孝なる觀念は、單なる倫理的道德的規範たるに止まらず、社會組織の核心を爲すところの家族制度を維持すべき最も重大なる社會的規範ともなつて居るものであるから、從つて、不孝なるものは、單に父母に對する尊敬を缺ぎ、若しくは孝養を怠るといふが如くに

單純なるものではなく、今一層重大なる意味に於て、社會組織の構成を破壞し、其の秩序を紊亂せしめるところの罪惡であると觀念せられたのである。此の故に、孔子は、其の孝經に於て、『五刑之屬三千、而辜莫大於不孝』と敎へたのであるが、罪不孝より大なるはなく、不孝は後なきより大なるはなしとすれば、凡そ人間犯すところの罪惡は、娶らず、娶るも子無きより大なるはないのである。――かくの如き觀念の上に立つて、古來支那の婚姻は、所謂禮敎上の行爲として、甚だしく倫理道德的重要性を賦與せられたと同時に、家族及び社會組織の基礎として、社會的意義に於ても、亦極めて重大視せられたのである。換言すれば、支那に於ては、婚姻は畢竟祖先祭祀の永續を維持するが爲の繼承者を得るの目的を以てする男女の永續的結合に外ならざるが故に、之を道德的にも、亦、社會的にも、極めて重要視したのである。

支那に於ける婚姻に就いては、古來最も神聖なる宗敎的儀式と、並びに最も嚴格なる社會的條件とが要求せられたといふのも、つまりは此の爲である。

支那に於ける婚姻の儀式は、既に述べた樣に、所謂六禮と呼ばれるところのものである。而して、所謂六禮なるものは、常に之によつて結合する性的關係を、社會意識に對して淨化する作用を有つ。而かも、此の樣な婚姻儀式は、實は社會規範の具體的表現に外ならないものであるから、それは、最もよく當該社會の觀念若しくは理想を反映するものでなければならぬ。然るに、婚姻締結の爲の要件としての六禮なるものは、既に説明したところによつても容易に看取し得られるが如く、極めて宗敎的家族主義的特徵を具備して居る。例へば六禮の儀式は、それを行

ふに就いては、一々祖先の命に聽くべきものとされて居ることの如き、又それが常に婚姻を締結する兩家族そのものを中心として執り行はれることの如き、從つて婚姻當事者の意思が、甚だしく沒却されて居ることの如き、悉く然りである。それ故に、六禮なるものは、謂はゞ、祖先の是認の下に、之に依つて結合する二姓の家族關係を、社會に公示する作用を有つものであつて、かくの如きは、畢竟、支那の社會が、宗教的觀念によつて支配せられて居ることの如何に強く、且つ又支那の婚姻が、家族主義的原則の上に立つて居ることの如何に根本的であるかを證明するものであつて、結局、支那に於ける婚姻が、祖先祭祀繼承の爲の兩家族の社會的結合であると觀られて居ることの如何に深刻であるかを立證するものであるに外ならない。

次に、婚姻に關する其の他の社會的諸條件に關しても、以上と同樣の觀察を下すことが出來る。

既述の如く、支那の婚姻は、上は祖先の祭祀を繼承し、下は子孫の斷絶を防止することを目的とするものであるから、從つて其の事の當然の歸結として、婚姻の重心が、專ら血族の子孫を得ることによつて、共同祭祀的團體たる家族を永續せしめることいふ點に置かれて居るこいふのは、もとより當然の理數である。それ故に、支那の婚姻制度に在つては、一方に於ては三年子なき者は離婚し得べきものとなして居ると同時に、他方に於ては、所謂同姓不婚なる制度を設けて居る。婚姻に關する最も嚴格なる條件として、古來所謂同姓不婚が要求せられたことの理由が、主として同姓は同宗卽ち同一血族なるが故に、是等が相互に通婚する場合には、道德の本義を紊り、人倫の基礎を傷り、惹いては社會の秩序を破壞するに至るとなす極端なる倫理觀念に在ることは、掩ふべからざる事實であ

るが、併しそれと同時に、支那に於ける同姓不婚制が、同血族間の婚姻は、子孫の繁殖に有害なりとする生理學的根據よりして支持せられて居るものであることも、亦否定の餘地なき事實である。左氏傳に『男女同姓、其生不繁』とあるが如きは、卽ち明かに是を立證するものである。

周制に於ては、前記の如き同姓不婚制の外に、婦を選ぶの標準に就いて、所謂五不娶なる原則が認められたことは、曩にも之を述べた通りである。五不娶とは、逆家の子は娶らず、亂家の子は娶らず、世々刑人ある家の子は娶らず、悪疾ある家の子は娶らず、父長を喪ひたる家の子は娶らず、の五であるが、何故に是等の家族に屬する女子との婚姻が、忌避されたかと云へば、全く家の血統を重んずる趣旨であるに外ならない。何となれば、是等の遺傳的惡素質を有する家族の女を娶るといふことは、善良なる子孫を產むに適せず、若しくは、血統を紊す惧がある。從つて、祖先の祭祀を繼承して家族の名譽を保持するといふ支那社會に於ける最も重大なる道德的義務を果すことが出來ないからである。

更に又、支那に於ては、古來離婚に關して、七出又は七去の法なるものが行はれた。而して、所謂七出とは、子無き者は去る、淫佚なる者は去る、舅姑に事へざるものは去る、口舌多き者は去る、盜竊する者は去る、嫉妬する者は去る、悪疾ある者は去る、の七であつて、元來、周の禮制であるが、淸朝及びそれ以前の歷代の法規は、之を以て離婚の條件たることを認め、社會的慣習として、現在に於ても、尙依然として存在するところのものである。卽ち是等は、夫の意思に因る强制離婚の原因たり得るものであるが、而かも、七出の內容たる各個の條件に至つて

は、一として祖先崇拜の觀念著しくは家族主義の要求に根據せざるものはない。卽ち子無き者、淫佚なる者、惡疾ある者等は、血統を絕ち、若しくは、善良なる子孫を産む能はず、從つて、祖先祭祀繼承の目的に副はざるが故に是を離婚し、舅姑に不孝なる者、多辯なる者、竊盜する者、嫉妬する者等は、家族主義道德に違背して、家族の平和を亂し、其の名譽を傷くる者なるが故に、亦是を離婚することを得せしめるのである。

支那の婚姻が、配偶者の個人的意思を中心とせず、全く家族主義的見地からのみ考慮されるといふことは、婚姻に主婚人及び媒人を必要とする制度に、最も明瞭に現はれて居る。

婚姻に主婚人を必要とするに至つた正確な年代に關しては、之を明かにすべき文獻の徵すべきものがない。周代以前に於て、婚姻に父母の承諾が必要とされたことは、詩經南山篇に『娶妻如之何、必告父母』とあり、杜氏通典に『五帝馭時、娶妻必告父母』とあるによつて明瞭であり、周代に至つては、周禮及び禮記の中に、婚姻は必ず父母の承諾を經、媒妁に依つて之を行ふべき旨の條項があるが、併しながら、未だ主婚人に關しては、何等規定するところがない。蓋し、婚姻に、父母の承諾が、絕對的に必要な條件とせられたのは、人の子たる者は、父母の存する間、專行の義なきを以て、婚姻も亦、父母の命に依るを本則とすべしといふ道德的理由に基づく外、婚姻は、其の家祭の繼承者を得んが爲の手段なるが故に、不適當なる婚姻に對しては、尊長が豫め之を警戒するの必要ありとする社會的の理由に根據するものであることも亦、疑ふべからざるところである。思ふに、主婚人制度も亦、それと同樣の理由に基づいて制定されたものであつて、婚姻に對する父母の承諾を、より一層重大視し、之を擴充して、

より明確に制度化したるものに外ならない。

現今に傳はれる最古の律たる唐律には、既に、婚姻は主婚に依るべき旨の明文がある。之を踏襲して、明清律共に、主婚人に關する規定を設け、其の條例に、『嫁娶皆由祖父母父母主婚、祖父母父母俱無者、從餘親主婚』と規定して居る。(戶律婚姻男女婚姻條例)卽ち、男女の婚姻は、祖父母、父母を以て主婚人と爲すべく、其の之無き場合には、餘親卽ち、伯叔父母、姑、兄、姉、外祖父母及び其の他の有服尊長等の主婚に從ふべしとの規定である。而して、主婚に依らざる婚姻は、法律上有効に成立しない許りでなく、主婚人は、婚姻の主事者であつて、婚姻に關する一切の事務を處理し、且つ其の婚姻に關し、一切の責任を負擔すべきものである。蓋し、婚姻は之を小にしては、人生の大禮に屬し、之を大にしては、家族並びに社會組織の基礎であるから、之を血氣未だ定まらざる男女の自由意思に放任する時は、禮教を紊し、社會の基礎を危くするの虞ありとの思想に根據するものであるに外ならない。

次に、婚姻に媒人を立てることは、古代よりの社會的慣習であつて、唯律には、婚姻に媒人を必要とする直接の規定を缺いで居るが、これは、禮制上の慣習を認めて、明文の規定を不必要としたが爲である。それ故に、明清律共に、其の嫁娶違律主婚媒人罪條律に於ては、媒人を以て、主婚人に準じ、其の婚姻に關する責任者と看做して居るのである。

而して、婚姻の契約は、主婚人の意思に基づき、媒人を通じて、締結せらるべきものであつて、婚姻の當事者た

男女は、敢て之に關與することがない。無論、當事者の意思が、全然無視される譯ではないけれども、併しながら其の同意は、必ずしも婚姻の成立要件ではない。何となれば、支那法に於ては、婚姻の契約當事者は、男女兩家族の主婚人であつて、婚姻當事者ではないからである。

以上に於て、支那に於ける婚姻觀念の如何なるものであるかを、代表的文獻を通じて之を明かし、且つそれが、如何なる程度に婚姻に關する諸制度の上に、反映せられて居るかを觀察した。

要するに、諸文獻を通じて觀たる支那の婚姻に對する社會觀念は、祖先崇拜を根柢とする家族主義的思想の外に一歩も出てゐない。且つ婚姻に關するあらゆる制度の檢討は、かゝる家族主義的な婚姻觀念が、それに反映せられて居ることの如何に强きを明瞭ならしめた。

卽ち、叙上の考察によつて得られた支那に於ける婚姻觀念を觀るに、個人主義の色彩は、毫末と雖も、之を發見することを得ない。全然、家族主義的基調の上に立つて、婚姻を以て、上は祖先祭祀を繼承し、下は子孫の斷絕を防止する最も神聖なる義務として、道德的並びに社會的に、極めて之を重大視する點は、歐米諸國の個人主義的婚姻が、一男一女の單純なる性的結合關係を以て論ぜられるのと、大いに其の趣を異にして居る點である。

## 第二節　家族主義的婚姻制度及び其の破綻

上は祖先の祭祀を繼承し、下は子孫の斷絕を防止するといふことを、婚姻の最大目的とする支那の家族主義的婚

姻觀念が、歐米に於ける自由なる個人主義的婚姻觀念と、根本的に、其の性質を異にして居るものであることは、前節に之を詳述した如くである。而して、かくの如き婚姻に對する傳統的觀念は、現在に於ても、支那社會のあらゆる階級を通じて、すべての人々の精神生活、感情生活の根柢に、深く浸透し切つて居るところのものである。支那の社會に於て、婚姻が重視せられる主なる理由は、畢竟それが、血統を存續せしめ、親子關係を發生せしめる母胎としての作用を有するが爲であつて、婚姻そのものを、個人的立場に於て、重要視する趣旨ではない。

然らば、何故に、婚姻に關する右の樣な傳統的觀念が、今尙確乎として動かないで居るのか。言ふまでもなく、其の理論的事實的根據たる支那古來の大家族制度が、今日に於ても、依然として、其の構成と權威とを保有して居るが爲である。蓋し、大家族制度の特質は、既に之を述べた通り、血統觀念若しくは親子關係を重視するといふ點に在る。夫婦關係は、小家族制度の根幹を形造るものであるが、大家族制度に在つては、單に、それが親子關係を發生せしめる母胎として、第二次的意義を有するものにしか過ぎないからである。

此の樣な結果として、支那に於ける婚姻は、當事者個人の爲ではなくして、當事者の屬する家族團體の利益の爲に行はれる。婚姻が、家族そのもの丶利益の爲に行はれるとすれば、婚姻に對して最も重大なる、若しくは殆んど絕對的なる發言權を有するものは、家族を代表する父若しくは家長でなければならない。かくの如き理由に基づいて、支那に於ける婚姻は、婚姻當事者自身の契約に非ずして、彼等を支配する權力者間のそれであり、法律的には主婚人の意思に基づき媒人を通じて締結せらる丶契約たるの性質を有し、本質的には、當事者の屬する兩家族によ

つて締結される契約たるに外ならないのである。

是支那に於ける婚姻制度を以て、家族主義的なりとする所以であるが、此の斷定を、今少しく具體的に論證し、支那に於ける婚姻制度の本質を、より一層明瞭ならしめんが爲に、現在實際に行はれつゝある慣習に就いて、稍々詳細に之を述ぶれば、凡そ次の如くである。

### 第一項　婚姻の要件

支那の現行婚姻慣習に於て、婚姻成立の要件と看做されて居るところのものは、之を大體次の二に要約することが出來る。

一、定婚　先づ男女兩家の間に婚約を締結することを必要とする。是所謂『定婚』であるが、定婚は婚姻の成立に缺ぐべからざる形式上の要件であつて、之を缺ぎたる婚姻は、法律上正當の効力を發生しない。

二、成婚　或は之を『成親』とも稱し、婚約ある男女が、夫妻の關係を結ぶことを意味するものであつて、『合巹』の式を擧げることによつて成立し、成婚ありたる時は、別に屆出又は登記等を要せずして、完全に婚姻の効力を發生する。

而して、定婚及び成婚には、古來一定の儀式があり、所謂『六禮』と呼ばれるものが、それであること、前節に之を述べた通りである。

既述の如く、六禮は、周代に始めて制定されたものであつて、其の後婚姻の正禮として、長く遵用されたもので

あるが、年代を經過するに從つて、其の內容に多大の變化を來たし、現在に於ては、僅かに其の古代的形式の餘影を止めて居るに過ぎない。のみならず、現在に於ても、六禮が、觀念上は、婚姻の要件であるこ思推されて居るここ毫も往昔こ渝らざるにも拘はらず、實際に於て、之を嚴格に實行するものは極めて尠く、唯主婚人の共諾こ媒人の交涉こを以て主たる要件こし、假令へ、正式の六禮を行はざるも、此の二件にして缺ぐるこころなき場合には、尙正當の婚姻たるここを認めて居る。

第一、定　婚

支那の慣習に於ては、定婚卽ち婚約は、一の要式契約であつて、之を爲すには、(一)當事者たる男女双方の主婚人を定め、(二)媒人を立て、之を通じて交涉を爲し、(三)婚書を交換し、(四)聘財を授受するの四段の手續を履まなければならぬ。

一、主婚人を定むるここ

大淸律例に據れば、主婚人は婚姻に關する一切の事項を處理し、且つ婚姻に關する責任を負擔する義務を有し、若し、其の主婚に依る婚姻が違法なる場合に於ては、主婚人を處罰すべき旨を規定して居る。(嫁娶違律主婚媒人罪條律)現在の慣習に於ても、主婚人を立つるここは、婚姻の必須要件であつて、主婚に依らざる婚姻は、之を私奔こ稱し、合法的な婚姻ではないこ看做されて居る。のみならず、主婚人は、婚姻の主事者であつて、婚姻の契約を締結し、婚姻に關する一切の責任を負擔すべき當事者であるこ觀念されて居る。

主婚人たるべきものは、原則として、父母であるが、父母なき場合には、祖父母之に當り、父母祖父母共に之無き時は、同居の親族が、主婚人と爲る。（大理院判例八年上字三二一號）父母共に存する場合には、父若しくは祖父が主婚人と爲ることは、言ふまでもない。母の主婚に依り、未だ父の同意を經ずして成立した婚姻は、父が之を取消すことが出來る。（大理院判例八年上字一三八八號）實際上に於ては、主婚人は、父若しくは家長たる場合が最も多く、婦女は假令へ實母たるも、主婚人たらざるを原則とする。

二、媒人を立つること

媒人は通例男家の主婚人によつて立てられ、女家之を承認する時は、亦其の媒人を以て自家の媒人とする。媒人は、主婚人と共に婚姻の成立に缺ぐべからざる要件であつて、若し之を缺ぐ時は、宛かも主婚に依らざる婚姻の如く之を私奔と看做して擯斥する。是所謂『賣買憑中、婚姻憑媒』なる俗諺の存する所以である。

媒人に就いては、もとより一定の資格あることを必要とせず、或は主婚人若しくは婚姻當事者の親族知己友人等より之を選び、又は媒妁を以て營業と爲す者に委囑し、慣習上、必ずしも一定して居ない。

大淸律例に於ては、媒人は婚姻に關して、主婚人に準じ、法律上の責任を負擔すべきものとされて居たのであるが、（嫁娶違律主婚媒人罪條律）現在の慣習に於ては、媒人は、其の媒妁に係る婚姻に對して、何等實際上の責任を負はない。

三、婚書を交換すること

婚書は、一定の書式に從ひ、男女兩家に於て、各々一通を作り、媒人を通じて授受するを原則とする。婚書の形式は、朱子家禮に據るを本則とし、男家は乾書（又は鳳箋）を作り、女家は坤書（又は鸞箋）を作るを正式とするのであるが、中流以下の家族に在つては、正式の婚書を作製することなく、庚帖（又は年庚）若しくは字條（又は八字）を以て、婚書に兼用するを通例として居る。因みに、庚帖若しくは字條と呼ばれるものは、男女の姓及び生年月日時を記載した紙片であつて、緣談のありたる當初に交換せられるものである。

婚書が、婚姻成立の要件であることは、現行律の明文によつて規定されて居る。（男女婚姻條律）にも拘はらず、婚書の方式に關しては、現行律中何等明文の規定がない許りでなく、今も述べた樣に、民間實際の慣習に於ては、婚書の樣式は、必ずしも一定して居ない。それ故に、法律上何を以て婚姻成立の要件としての婚書と看做すかは、一に地方の慣習によつて斷定しなければならない。卽ち、此の點に關する大理院の判例は、左記の如くである。

『婚帖は定婚の要件の一たりと雖も、婚帖の方式に關しては、現行律中明文の規定なきを以て、年庚字條を以て定婚の婚帖と爲し得るや否や、若しくは鸞箋鳳簡等に限り、始めて之を婚帖と爲し得べきかは、自ら各地方の習慣に依つて、之を斷定せざるべからず。』（八年上字七九二號判例要旨）

四、聘財を授受すること

婚姻の最も重大なる要件と看做されて居るものは、聘財である。

大理院判例に依れば、

『婚書と聘財とは、固と同じく法定の婚姻成立の要件と爲す。但し法律上僅かに其の一あるを以て足り、兩者の兼備することを要せず。』（八年上字二二七號判例要旨）

とあり、卽ち、婚書と聘財とは、元來法定の婚姻成立要件ではあるけれども、必ずしも兩者の兼備することを必要とせず、兩者中何れか一ある場合には、法律上婚姻は有効に成立するのであるが、併しながら、實際の慣習に於ては、聘財の授受なくして、僅かに婚書の交換のみによつて婚姻の成立することは、殆んど絶無である。之に反して、婚書の交換なくして、單に聘財の授受のみを以て婚姻の成立することは、寧ろ民間普通の習俗で、最も普遍的な慣習である。（『民事習慣大全』第四編婚姻九頁以下）

聘財の種類及び數量に關しては、もとより一定の標準なく、或は地方の慣習により、或は貧富の階級により、或は又當事者の境遇により、其の間に甚だしい差異があるのは、いふまでもあるまい。併しながら、一般に聘財は聘金たることを原則とし、且つ其の額に就いても、地方的慣例として、身分階級に應じ、夫々大體の標準があることは、爭ふべからざる事實である。

元來聘財なるものは、婚姻締結の證據として、男家より女家に贈る禮物の謂であつて、必ずしも金錢たることを要せず、假令へ金錢を以て之に充つる場合と雖も、禮物として之を贈るに過ぎざるが故に、其の額の如きは、男家の任意によるを本義とすべき筈ではあるけれども、支那に於ける一般の慣習に於ては、聘財は、原則として、金錢を以て之に充て、而かも、其の額の如きも、男女兩家の協議によつて之を決定するのが普通である。

尤も、中流以上の階級に於ては、體面上聘金に重きを置かず、且つ地方的慣習として、身分に依り略々一定の標準あるが故に、聘金の額に就いて協議することはない樣であるが、中流以下の階級に在つては、一般に、女子の美醜、年齢若しくは初婚再婚等の事由を參酌して、適宜に之を協定するのである。のみならず、聘金を以て、婚姻成立の唯一條件と爲す結果として、一方に於て、聘金の一部の授受ありたる時は、最早破約することを得ないと同時に、他方亦、聘金を完納せざる場合には、之を理由として、破談にすることが出來る。(『臺灣私法』二九八頁・『民事習慣大全』第四編十一頁)

それ故に、尠くとも無產階級に於ける婚姻に關する限り、聘金は、畢竟女子の身價たるの性質を有するものであつて、其の婚姻は、事實上、賣買婚であるに外ならぬと謂へる。

第二、成　婚

支那に於ける婚姻の第一段の手續卽ち婚約は、聘財の授受によつて完了し、玆に始めて、定婚が成立するのであるが、定婚ありたる場合には、男女兩家の間に必ず其の男女を婚姻せしむべき法律上若しくは慣習上の義務を生じ一方は他方に對して、之を履行せしむるの權利を取得する。而して、支那の婚姻は、成婚(若しくは成親)によつて始めて完了せられるのであるから、定婚の後は、必ず成婚の手續を履まなければならないのである。

成婚は、男女兩家の主婚人間に婚日を協定し、男女の一方が他方の家に入つて、合巹の式を擧げたる時を以て成立する。

合巹とは、禮記昏義に『共牢而食、合巹而酳、所以合體同尊卑、以親之也』とあるが如く、夫婦成親の禮を謂ふのであるが、之を行ふに就いては、それに附隨する極めて煩瑣なる婚姻の儀式が必要とせられる。

單に支那と言はず、何れの社會に於ても、婚姻が何等の儀式をも伴はずして、成立するといふ事例は、殆んど皆無であるが、併しながら、それと同時に、婚姻の儀式が、極めて重要視せられ、且つ其の複雜煩瑣にして、費用の多端なること、支那の社會に於けるが如きは、甚だ稀である。

合巹の式は、普通男家に於て、之を擧行するを原則とするけれども、時としては、女家に於て之を行ふ場合もある。所謂『寄禮』と呼ばれるものがそれであるが、何故にかゝる變則的な擧式が行はれるかと言へば、もとより他に種々の原因あることはいふまでもないが、婚姻儀式の費用を節約せんとすることも、其の重大なる原因の一であること、亦疑の餘地がない。

が、其の何れの場合たるを問はず、合巹の式を擧げたる時には、婚姻は、此の時を以て有効に成立し、屆出又は戶籍登記等を要せずして、完全に、婚姻の効力を發生する。

卽ち、茲に、特に注意せらるべき一事は、婚姻成立の公示が、專ら婚姻儀式によつて行はれることであつて、蓋し、因襲的靜的社會の特質を最も多分に包藏する現在の支那社會に於て、婚姻に對する觀念の傳統的なるは勿論、婚姻の儀式そのものも、未だそれ自身に充分なる性的結合の公示力を失はず、且つそれ以外に婚姻關係の成立を公示すべき法律的方法が存在しないから、從つて、現在の支那に於ては、慣習的な婚姻儀式が、婚姻關係に、法律上

の効果を附すべき唯一の方法となつて居るのである。

### 第二項　婚姻の効果

婚姻より生ずる効果は、之によつて生ずる家族關係、親族關係及び夫婦相互間の權利義務並びに夫婦財産關係等を以て、其の主要なるものとするのであるが、併しながら、支那に於ては、古來婚姻は、主として、禮敎の支配に屬するものとし、法律は、只違禮の婚姻を禁ずると共に、之を處罰するの規定を設けたるに過ぎず、現在に於ても此の狀態に毫も變りはないのであるから、明確に、婚姻より生ずる法律上の効果を指摘することは、頗る困難なるのみならず、著しく、實際的價値に乏しい。それ故に、茲では、是等に關する法律的詳論を省き、單に婚姻に因る親族關係、家族關係及び夫婦財産關係等の中、慣習上明瞭にして、且つ特に注意すべきものと認められるもの丶みに就いて、左に之を略述するに止める。

一、婚姻に因る親族關係

妻が、婚姻に因つて夫の親族と爲り、且つ夫の親族に對しても、親族關係を取得するはいふまでもなく、古來支那に於ては、所謂夫婦同體主義を採り、常に妻をして夫の身分に附從せしめ、妻を夫の同宗と看做して居る。併しながら、又一方に於ては、妻は婚姻に因つて其の生家との宗親關係を脫離することなく、依然生父の宗を以て本宗とし、其の他の親族とも、其の親族關係を失はない。

それ故に、妻は、出嫁後も、依然として、其の本姓を保持し、只其の上に夫姓を冠するのみである。例へば、陳

姓の女が、李姓の男に嫁した場合には、李陳氏と稱し、夫家及び生家の姓を併せ用ふるのである。

二、婚姻に因る家族關係

妻は婚姻に因つて、當然其の生家を去り、夫家の家族と爲る。從つて、妻は、其の生家との親族關係は、依然之を留存するけれども、其の家族關係は、全く之を絶止すると同時に、夫家に入つて、其の夫權並びに家長權に服從しなければならない。

既述の如く、夫妻の關係は、身分上では、齊體の關係に立つものであるが、其の相互間の權利義務の點では、全然命令服從の關係である。然るに、支那の大家族制度に於ては、父權的家長權が頗る强大であるから、從つて、妻の家族内に於ける地位は、勢ひ最も低劣ならざるを得ない。卽ち、妻は、外部に對して全く獨立して諸般の行爲を爲す能力なきを原則として居るのはいふまでもなく、内部に在つては、家長或は夫に對して絶對に服從すべきものとされて居る。殊に無産者の間では、妻を財産の一種と看做し、夫又は家長が、之を賣り、若しくは之を質に入れる慣習がある。中流以上の家に在つては、假令むば妻を財産視する事實がないとしても、家長權の極めて强大なる結果として、之を全然奴隷視することは、毫も無產階級に於けると異るところはない。畢竟、支那の大家族制度の下に於ける妻の奴隷的境遇は、宛かも古代羅馬の父權的家長制の下に於ける妻のそれと、毫も選ぶところはないのである。

三、夫婦財産關係

夫婦間の財産關係に就いては、法律上明文の規定なきは勿論、實際に於ても、何等一定の慣習がある譯ではないけれども、前述の如く、妻は、全然夫に服從すべきものであつて、外部に對して行爲能力なきを原則として居るから、從つて、妻は、原則として、財產上の能力を有しないのが普通である。それ故に、妻は私產を所有すること能はざるを本則とし、妻が出嫁の際夫家に持參する財產、卽ち『粧奩』(婚資財產)すらも、必ずしも妻の私產たることなく、夫に歸屬する場合が、甚だ多いのである。卽ち現行律立嫡子違法條例には、夫の死後、妻の改嫁する場合には、其の粧奩は、夫家の意思に依つて之を抑留し、或は還附することを得べき旨の規定があるのであるが、實際の慣習に於ては、裝奩は、離婚の際、聘財の代償物として、之を夫家に抑留するを常とし、從つて、それは事實上夫家に歸屬したる財產なりと認むべきものである。

相續に就いては、後述するが如く(第七章)、妻は一般の婦女と同じく家產の分割に與ることを得ざるを原則とし、只一家に男繼嗣なき場合に限り、例外的に夫產を承繼することを得るが、而かも、妻が改嫁せんとする場合には、夫家の財產は勿論、自己の私產をも亦、之を前夫の家に歸せしめ、擅に携行することを得ない。

尤も、妻が特有財產を有ち得るのは、現在では、慣習上並びに法律上の事實であつて、(大理院判例七年上字六六五號)妻は、財產上全然無能力なるに非ず、制限せられたる範圍內に於ては、獨立して財產を取得、所有し、且つ之を處分する能力を有し、又負債の能力をも有しては居るが、(『臺灣私法』三五〇頁)併しながら、支那の現狀を以てしては、まだまだ之を以て、一般的慣習と看做す譯には行かない。

## 第三項　家族主義的婚姻制度の破綻

前二項に亘つて、支那に於ける現行婚姻制度の態様を概說したのであるが、是によつて觀ても、支那に於ける現行の婚姻制度が、如何に家族主義的な特質を有つて居るかといふことは、極めて明瞭である。卽ち、支那に於ける婚姻制度に在つては、婚姻なるものは、家族團體の利益の爲に、婚姻當事者を支配する權力者間に締結せられる契約たるの性質を有するものであつて、從つて、當事者の意思若しくは利害は、殆んど毫も顧みられない。

支那の婚姻制度に於て、子女の意思が、如何に無視せられて居るかは、所謂養媳、養壻の習慣が、民間普通の習俗であるに徵しても明瞭である。養媳とは、他日子の妻と爲す目的を以て、他人の女子を養入するを謂ひ、將來女壻と爲すの目的を以て、他人の男子を養ふは、之を養壻と謂ふ。故に養媳養壻なるものは、實は婚姻に非ずして、婚姻の目的の爲にする養子に外ならないのであるが、慣習上に於ては、之を一種の婚姻なりと看做し、其の手續の如きも、婚姻に準じて之を行ふのである。かゝる婚姻に於て、子女の意思が、毫も顧慮せらるゝことなきはいふまでもないが、更に甚だしきに至つては、所謂『指腹爲婚』と稱し、男女の出生以前に於て、婚約を締結するが如き習慣すら、一般に行はれるところである。

上記の如き變例的慣習を除外して考へても、婚姻に父母の主婚を絕對要件と爲す結果、父母が子の婚姻を强制することは、普通一般の慣例である。殊に無產階級の間に在つては、娘又は妻を財產の一種と觀念する風習があり、

從つて、賣買婚の行はれる結果として、女性は、其の意思に反して、婚姻又は離婚を强制せられる可能性が、極めて多い。其の婚姻に對する發言權の如きは、もとより問題にならないのである。

然らば、此の樣に、婚姻に關して、殆んど全く自己の意思を顧慮せらるゝことなく、若しくは、純然たる奴隷的境遇を餘儀なくされて居る現在支那の青年子女の間に、果して、かゝる因襲的家族主義的婚姻制度に對して、反抗し若しくは之を呪咀する傾向或は事實が、全くないであらうか。

思ふに、支那の社會が、歐米文明に接觸する程度が多くなるに從つて、婚姻に對する傳統的觀念が、歐米流の新らしき婚姻觀念によつて影響せられ、其の結果、所謂『舊式婚姻』に對する呪咀若しくは反抗の念が擡頭し來るべきことは、極めて睹易き道理であつて、主として都會地に於ける青年學生の間に、殊に此の傾向が强いであらうことも亦、容易に想像し得られる。現に、民國八年以來、支那の所謂解放運動の中から、家族主義的婚姻制度に對する呪咀の聲が、青年によつて盛んに放たれつゝある一方、所謂『禮敎』以外に、眼中何物もなき年長者の之を頑冥に威壓せんとするあり、かの所謂新舊思想の衝突が、支那に於ける婚姻問題を中心として、今や漸く、所謂社會問題化せんとしつゝあるのである。北京大學敎授羅敦偉氏は、其の著『中國家庭問題』に於て、かくの如き過渡期に於ける支那の婚姻問題に關して、次の樣な批評を下して居る。

『要するに、支那に於ける婚姻制度の混亂は、畢竟一個の根本的原因に歸せらるべきものである。卽ち、年長者たると青年たるとを問はず、婚姻の意義を眞に了解して居るものは極めて尠い。而かも此の事は、年長者に於て

殊に然りである。彼等は、一種の舊式錯誤的婚姻觀念に支配せられて、自ら是なりと信じて居る。而して、一般の青年は、只管に此の種舊式の婚姻觀念を打破しようと努めては居るけれども、併しながら、彼等も亦婚姻の眞意義を了解しようとはしない。』(同書一九頁)

蓋し、近代的敎育を受けて、個人思想に目覺めた一部の青年學生達が、舊來の家族主義的婚姻制度に對して、反抗の叫びを擧げることは、理論上當然の歸趨であり、且つ傳統の力が强ければ强い程、それに對する反抗が、往々にして、輕噪過激に走り、不羈放恣に流れ易いのも亦、自然の數であつて、毫も怪むに足りないのである。

支那に於ける傳統的婚姻制度が、主として思想上の根據よりして、青年學生の反抗の對象となつて居る事情は、大體上述の如くであるが、次に、支那の婚姻制度が、一般の女性に對して、如何に呪はるべき存在となつて居るかといふことは、支那では、嫁又は娘の自殺する者の數が、他の諸國のそれとは、比較にならぬ程多いといふ事實によつても、略々明かである。(橘樸氏論文『支那家族制度の破綻』二九頁)蓋し、既に述べた樣に、支那の家族内に於ける女性の地位は、最も低劣悲慘を極めて居り、其の境遇は、何等奴隷と選ぶところがない有樣であるから、其の家族主義的婚姻制度に對する呪咀の感情には、從つて、最も深刻な理由がある譯であり、而かも、此の呪咀を表現する最後の手段は、自殺より外にないからである。

支那の女性が、傳統的婚姻制度を呪咀し、若しくは、之に反抗しつゝある事實を立證するに適した今一つの特例は、かの有名な廣東省順德縣の拒婚同盟である。是に關して廣東人なる胡漢民氏の說くところに據れば、(前掲『支

那家族制度の破綻』より引用）

『廣東省の順德、香山、番禺各縣の女性間には、不落家なる習慣がある。彼等は桑を摘んだり、養蠶をしたりして、獨立の生活を營み得るが故に結婚を望まない。彼等の力では父母主婚の慣例を破ることも出來なければ、家族倫理の傳統的勢力に抵抗することも出來ないので、婚姻を欲せざる娘達が結束して、之を避けるのである。言ふ迄もなく、家族專制に對する反動であるが、然しこの習慣は、經濟事情に沿ふて現はれたものであることに注意せねばならぬ。何となれば、若し彼等にして、勞働の機會を求めて經濟的に獨立し得るのでなければ、家族制度に對する惡感を、あの樣な形で表現することは出來ないからである。』（同書三〇頁）

右は、胡漢民氏が、民國九年國民黨の機關雜誌『建設』に發表した『經濟的基礎より觀たる家族制度』中より引用したものであるが、胡氏が、此の拒婚同盟成立の根據を、女性の經濟的獨立に歸して居ることは、特に注目に値する點である。蓋し、支那が、家族制度の社會である結果として、家族主義に反逆することによつて、家族團體から見離された者は、自活の途を立てることが、極めて困難であるから、經濟的に充分獨立し得るものでない限り、家族制度に反抗することは、事實上不可能だからである。

それ故に、支那に於ける資本主義的企業の發達に伴ふて、多數の女性に、獨立生活の機會が與へられた曉には、支那に於ける女性の家族主義的婚姻制度に對する反逆の力は、急激に、增進し來るに相違はない。

併しながら、茲に、特に注意すべきは、支那に於ける傳統的家族主義的婚姻制度に對して、反抗し若しくは、之

を呪咀するものは、單に家族內に於て、卑幼の地位に在る靑年子女、或は低劣なる地位に在る女性にのみ限られたものではないといふこと、是である。蓋し、支那の傳統的婚姻制度が要求する嚴格なる儀禮は、著しく貧困なる無產者を困惑せしむるものだからである。例へば彼等が、正式に妻を迎へる爲には、是非とも、纏つた金を『財禮』として用意しなければならない。既に述べた樣に、支那の婚姻は、民律草案の所謂『聘娶婚』であり、無產階級に在つては、事實上『賣買婚』に外ならぬものであるから、聘財或は財禮を缺ぐ婚姻は、殆んど絕對に成立しない。然るに、日々の生活に追はれて居る無產者は、其の全努力を財禮を稼ぎ溜めることに傾けても、容易に、所期の目的を達することは出來ない。加ふるに、かの煩瑣なる婚姻儀式の如きも、貧困なる彼等に取つては、實際容易ならざる負擔であり、要するに彼等を苦しめるところの經濟上の桎梏たるに過ぎないものである。

此の樣な有樣であるから、無產者が、舊來の婚姻制度を呪ふ立場に置かれるのは、寧ろ理の當然であつて、彼等は經濟的事情に迫られて、傳統的な婚姻制度に反逆せざるを得なくなり、其の事の必然的歸結として、從來の因襲に背馳する種々なる變則的婚姻慣習を、發生せしむるに至るを免れぬ。而かも、かゝる變則的慣習の殆んどすべては、全く經濟的事情に沿ふて作り出されたものであるにも拘はらず、しかも、それが、悉く家族主義的婚姻制度の傳統に對する明白なる反逆であることは、特に注目に値する點であるが、是に關しては、後に之を詳述することゝしたい。蓋し、無產者の現行婚姻制度に對する呪咀若しくは反逆は、前記の樣な靑年や女性のそれとは違つて、著しく範圍が廣汎であり、且つ餘程複雜な內容を有つて居るからである。

支那に於ける家族主義婚姻制度が、感情又は利害の正面衝突からして、靑年並びに女性及び無産者の憎惡若しくは反抗の對象となりつゝあるの事情は、大體上述の如くであるが、かくの如き一般的傾向に鑑み、古き婚姻制度を新時代の要求に順應せしめ、家族主義の原則と個人主義的原則との調和を試みんとしたものが、取りも直さず、淸末に起草された民律草案であるに外ならない。

それ故に、民律草案の婚姻に關する規定は、尠くとも、表面的には、支那に於ける婚姻制度の變遷若しくは推移の狀態を、明確に反映するものであり、從つて、傳統的婚姻制度の破綻を、明瞭に表示する一の標識たるを失はない。

此の見地よりして、今、民律草案の規定を觀るに、民律草案が、最も甚だしく支那古來の道德及び法律から飛躍したのは、實に、其の婚姻法に於てであると謂へる。其の中でも、最も著しい點は、婚姻が、今や婚姻當事者自身の契約とされるに至り、最早彼等を支配する權力者間のそれではなくなつたことである。

旣に述べた樣に、支那の舊法では、婚姻は、主婚人の意思に基づき、媒人を通じて締結せられるところの契約であつて、其の成立には、婚姻當事者の同意を必要としなかつた。然るに、民律草案に於ては、尙父母の許諾を婚姻成立の絕對要件とはして居るものゝ、而かも、婚姻を以て、婚姻當事者自身の契約とするに至り、父母は、之に對して同意權を有するに過ぎないものとした。(第千三百三十八條)卽ち、律例の規定に據れば、婚姻は、必ず主婚に依るべきものとし、之に依らずして爲したる婚姻は、法律上有効に成立することが出來なかつたのに反し、民律草

案の規定に於ては、婚姻に父母其他許諾權者の許諾なき場合は、單に之を取消し得べきものとし、(第千三百四十四條)而かも、其の取消權は、六箇月の期間の經過に因つて消滅するものとしたのである。(第千三百四十六條)

次に、第二に著しい點は、蓋し、妻の地位の向上である。民律草案に於て、如何に妻の地位が、過去のそれと變つたかは、離婚に關する規定に於て、最も明瞭である。卽ち、妻は、舊法に於ては、離婚に關し、殆んど無權利の狀態に在つた。然るに、民律草案は、此の點を根本的に變改し、其の第千三百六十二條に於て、夫妻に大體平等なる離婚請求權を與へて居る。

尙又、夫婦財產關係に於ては、妻が婚姻の當時有したる財產及び婚姻後得たる財產は、其の特有財產たることを認めて居る。(第千三百五十八條)

第三に、民律草案の婚姻法が、本質的に、支那舊來の法律と面目を異にした他の點は、其の第千三百三十九條に規定された婚姻屆出の義務である。卽ち、婚姻の成立に就いては、婚姻儀式を、其の要件とする從前の主義を捨て、、純然たる法律婚主義を採り、屆出なき婚姻は、無効とせらるゝに至つた。

かくして、民律草案の婚姻法なるものは、支那古來の婚姻制度を根本的に變改して、著しく近代的個人主義的色彩を濃厚ならしめたのであるが、かくの如き婚姻法が、支那に於て、一般的に施行せられる樣になつた曉には、其の事の當然の歸結として、親子關係の重視は、夫婦關係の重視によつて置き代へられるに至るであらう。而かも、此の時こそ、大家族制度が崩壞して、小家族制度が、之に取つて代る時期である。何となれば、大家族制度が親子

關係を、それの根幹とするに反し、小家族制度は、夫婦關係を、それの重心とするものだからである。

## 二

前段に於ては、支那の大家族制度が要求するところの現行の婚姻制度が、次第に其の內容に變化を來して、個人主義的婚姻制度に推移せんとしつゝある事情に就いて、主として之を外部的に考察論證することによつて、支那に於ける大家族制度崩壞の運命を豫斷したのであるが、所謂家族主義的婚姻制度の破綻は、亦、それ自體の內面に、自然的に發生した幾多の諸慣習を通じて觀ても、最も明瞭に之を看取することが出來る。卽ち、支那に於ける現行の婚姻制度は、それ自體の內部に、其の崩壞を豫示する幾多の非家族主義的慣習を含んで居り、其の事が、又、支那に於ける大家族制度の前途の運命を明示する有力なる索引となつて居るのである。

今、主として、『臺灣私法』及び『民事習慣大全』の記すところに據つて、婚姻に關する民間殊に無產者間の習慣を考察し、それを通じて、如何なる程度に、傳統的家族主義的婚姻制度、從つて、それを支持する大家族制度の破綻が示されて居るかを觀察しよう。蓋し、傳統的家族主義から壓迫を加へられることの最も甚だしいのは、無產者であり、同時に、傳統的家族主義に對する反逆の殆んどすべては、經濟的事情に起因するものであるから、從つて、古傳統に背馳する婚姻の諸慣習を、最も多く有するのは、無產階級に外ならないからである。

既に、屢々指摘した樣に、支那に於ける家族制度は、祖先崇拜を、其の心理的根據として成立する。故に、家の主觀的要素は、血統の維持なる觀念であつて、親子關係を、其の具體的客觀的基礎とするものである。從つて、支

那の家族制度が、婚姻に對して、先づ第一に要求するところのものは、血統の維持といふことでなければならぬ。然るに、血統維持に關する觀念の稀薄は、民間に普通行はれる種々なる婚姻慣習の中に、最も明瞭に現はれて居る。

一、招 入 婚

招入婚とは、妻たる者が、其の夫の家に入らず、却つて夫が妻の家に入る婚姻であつて、之を正式の嫁娶婚に對して招入婚と謂ひ、『臺灣私法』の所謂『變例の婚姻』に屬するものである。而して、是には、（一）家女が生家に止まつて夫を迎へるものと、（二）寡婦が前夫の家に止まつて、後夫を迎へるものとの二種がある譯であり、前者を招壻と言ひ、後者を招夫と呼ぶのである。

然るに、大淸律例卽ち現行律には、招入婚の中招壻に關する規定を存しては居るが、招夫の慣習に關しては、何等規定するところがない。是蓋し、人の妻たる者は、夫の死後貞操を守り、再婚を爲さゞるを以て本義とすべきものと爲したからである。のみならず、律例の規定に據れば、招夫は論外として、招壻と雖も、其の本姓を維持して女家の姓を冒す能はず、從つて、彼及び其の子は、女家の宗祧はいふまでもなく、其の家產をも、當然に承繼する權利なく、只其の幾分を酌給せらるゝことあるに過ぎない。（男女婚姻條例及立嫡子違法條例）異姓者を以て嗣と爲し、宗祧を承繼せしむることは、所謂『異姓亂宗』として、律の絕對に禁止するところであり家に男子孫なく、又は男子孫あり、既に妻を娶りたるも子女なくして死亡したる場合には、別に同宗中より養子を

立て、之をして宗祧を繼がしむるの制である。蓋し、宗祧を承繼する者は、必ず男系の男子孫でなければならず、女子及び其の子孫は、如何なる場合にも、祭祀者たる資格を有しないものとされて居るからである。所謂宗法の精神よりして、招入婚に對しては、法律上かくの如き嚴重なる制限が設けられて居るのであるが、併しながら、實際には、かゝる規定は、殆んど空文に歸し、招壻招夫をして改姓せしめ、若しくは、其の子を招家の養子孫として、宗祧又は財產を承繼せしむるの事例は、極めて多く、甚だしきに至つては、招家に既に男子孫あるも、尙子女の多きを欲して招壻招夫を爲し、其の子を養取するの慣習すらある。(『臺灣私法』三九四頁)

今、『民事習慣大全』の中から、是に關する一二の實例を採錄すれば、

『福建省長邑縣には、『坐產招夫』なる慣習がある。例へば、王なる姓の前夫が死亡すれば、其の遺產は妻の管理に歸し、次いで、妻が張なる姓の後夫と婚姻した場合には、後夫を前夫の姓に服せしめ、それに生まれた子をして、前夫の後を繼がしめる。之を『招夫立嗣』といふ。』同書第四編婚姻四十三頁)

陝西省潼關縣にも亦、同樣の慣習がある。卽ち、

『中年の寡婦が、或は子の幼少なる爲、又は舅姑の老齡なる爲、若しくは子なく少許の財產ある場合に、再婚し難き事情のある時には、往々『坐堂招夫』を行ふ。招夫は、同族異族を論ぜず、入家の際、必ず少許の資財を持參する。改姓する者もあれば、改姓しない者もあるが、後日招夫に子が生まれた時には、其の子には必ず前夫の姓を名乘らせる。但し、一切の財產は招夫の所有に歸し、假令へ妻が後夫の生前に死亡した場合でも、後夫は前

夫の財産を受ける權利を有する。此の爲に、後夫或は前夫の族中に、訴訟を起す者が、頗る多い。かゝる慣習は血統を紊亂せしむることの最も甚だしいものであるが、久しく習慣となつて居るが爲に、容易に改め難い。』（同上四十五頁）

以上は、招夫に關する慣習の實例であるが、招壻に就いては、律例上其の慣行を認めて、之が規定を設けて居る程であり、且つ妻は、多く家附の娘であるのを常とするから、最も普通の慣習として、其の妻と招壻との間に生まれた子を、嗣子として、宗祧及び財產を繼がしめるであらうことは、容易に推知し得るところであつて、特に例を擧げて、立證する必要を認めない。

## 二、招夫養夫

古來支那法は、妻に對して、最も嚴格なる貞操の義務を負擔せしめた。是支那の禮法に基づくものであつて、元來禮法の上より言ふ時は、婦女には『婦人從一而終』の義あり、假令夫の死後と雖も、犯姦は勿論、再婚をも婦女の道に非ずとしたのであるが、法律上では、普通の婦女に對しては、敢て其の再婚を責めずと雖も、妻妾が有夫姦を犯した場合には、之に嚴罰を加へ、且つ夫に、妻を離婚し、或は嫁賣するの權利を與へ、（刑律犯姦 犯姦』條律）又相姦の現場に於ては、夫が之を殺死するも、罪なきものとした。（刑律人命『殺死姦夫』條律）

妻に於けるかくの如き重大なる貞操の義務は、勿論社會の風敎を維持する爲の必要に出たものではあるが、併しながら、又一面には、血統維持の必要上よりして來つたものであることは、疑の餘地がない。それ故に、夫は妾を

蓄ふることを得るも、妻は、如何なる場合にも、他の男と通ずることを禁じたのである。
然るに、飜つて民間に於ける實際を觀るに、貞操の何たるやを知らず、却つて之を嘲笑するが如き慣習が、隨所に行はれて居る。招夫養夫の如きは、卽ち其の著例である。
『民事習慣大全』の記すところに據れば、湖北省鄖縣では、次の如き習慣が行はれて居る。卽ち、『夫が癈疾の爲生活を維持してゆくことの出來ない場合には、其の妻は、別に後夫を招入する。而して、後夫は其の家に同居して、前夫を扶養する義務を負ふのである。是を名付けて招夫養夫といふ。但し、其の行はれることは、甚だ稀であつて、招夫は改姓しない。』（同書第四編婚姻四十六頁）
然るに、浙江省の或る地方では、更に甚だしい慣習が行はれて居る。卽ち、『常山縣では、中流以下の社會に、往々招夫養夫の事例がある。例へば、甲なる夫が、癈疾の爲自活が出來ない場合に、其の妻乙は、甲の同意を得て、別に丙を招いて夫と爲し、撫養の義務を負擔せしめる。若し、甲に後嗣がない時には、丙に生まれた子をして、甲の後を繼がしめる。』（同上四十六頁）
かくの如き慣習に至つては、貞操の觀念若しくは血統維持なる觀念の全然缺如せるはいふまでもなく、是等を破壞紊亂することの最も甚だしいものである。
思ふに、貞操若しくは血統の維持なる觀念は、宗法精神の最も嚴格に要求するところのものではあるが、併しながら、血統の維持といふことは、經濟的安定が得られた場合若しくは財產を基礎とする場合に於て、始めて可能な

るものであるから、從つて、無產者の血統維持に對する觀念の自然に稀薄となるべきはもとより、經濟上の要求が屢々彼等を驅つて、かゝる無益なる道德的規範に反抗せしむるに至るのは、寧ろ當然の次第であると謂はねばならない。

三、轉　房

婚姻に關する傳統的道德觀念の廢れて居ることを立證する今一つの事例は、所謂轉婚或は轉房又は轉親と呼ばれる習慣である。

『轉房とは、兄弟の中、何れかが死亡した時、其の寡婦を、獨身の兄、或は弟が娶つて妻にすることを謂ふ。此種の習慣は、多く下等愚民の間に行はれ、前夫に子がなく、獨身の兄弟又貧困にして、他より娶ることが出來ない場合に、始めて、之を行ふのである。一般に、毫も之を怪まないけれども、不倫の最も甚だしいものである。』（陝西省鎭巴、郃陽、漢陰等諸縣の慣習『民事習慣大全』第四編婚姻二十八頁）

即ち、是によつて觀れば、無產者は、經濟的事由に依り、正當の婚姻を行ふことが出來ず、所謂親屬相姦として律例の絕對に禁止する不倫の婚姻を敢てして、毫も顧みるところがないのである。

尙、前揭『民事習慣大全』が、江西省贛縣に於ける同樣の慣習に關して述べたものには、かゝる不倫の婚姻が行はれる理由が、より明瞭に指摘されて居る。

『民間に於ける轉婚の惡習は、贛縣に於て、最も盛んである。例へば、兄弟が數人あり、其の中の一人が、婦を

娶つて死亡した場合には、他の兄弟が、之を娶つて妻とする。其の者が又死亡すれば、他者が代つて轉娶する。嘗て某前縣知事が、之を嚴禁した爲、稍々此の風習が衰へたが、而かも、僻遠の地方では、仍ほ盛んに行はれて居る。是卽ち婚姻には、莫大なる財禮を要するが爲めに、已むを得ず、かくせざるを得ないのである。』（同書二十九頁）

支那に於ける婚姻には、財禮が不可缺の要件であることは、既に之を詳述した。然るに、中流以下殊に無產者にとつては、婚姻の爲に必要とせられる財禮を用意することは、仲々容易の業ではない許りでなく、多くは、生活に追はれて之を稼ぎ溜めることが出來ない。此の爲に、彼等は、形式を避けて、實質を摑まうとし、其の結果、上述の樣な變則的慣習が生まれ、無產者の婚姻を可能ならしめる殆んど唯一の方法となつて居るのである。

而して、此の樣な慣習中には、其の他に、典妻又は賣妻等の慣習がある。前者は、妻を質入れするものであり、後者は、之を賣るのである。典妻の目的に關して、『民事習慣大全』の記すところに據れば『出典者に在つては、專ら金錢を目的とするものであるが、受典者に在つては、其の目的が二つある。其の(一)は、聘財を用意して正式に婚姻する餘裕がないから、暫時他人の妻を借入れる爲であり、其の(二)は、妻あるも子がないから、別に他人の妻を借受けて後嗣を得る爲である。』（同書第四編婚姻三十二頁）

卽ち、無產階級の間に發生した婚姻慣習の殆んどすべてが、宗法の傳統若しくは法律の規定に對する明白な反逆であることは、特に注目に値する點である。

支那に於ける家族制度が婚姻に關して要求するところの條件が、經濟的事情に沿ふて無產者の間に發生した種々なる婚姻慣習によつて、完全に裏切られつゝあるの事情は、大體上述の如くであるが、支那に於ける家族主義的婚姻制度の破綻を明示する今一つの慣習は、夫婦財產關係に關するものである。

既に述べた樣に、支那に於ては、夫婦間の財產關係に就いて、法制上何等直接に規定するところがない。只、支那に於ては、古來、財產關係に關して家產主義を採り、財產は一切家に屬するものとし、之を家長の管理に委ね、家族の擅用を禁止したるのみならず、又一方に於ては、家の中に於ける妻は、絕對に夫權に服從すべきものとしたのであるから、法律上明文の規定なきにも拘はらず、家族たる妻は、當然私有財產能力なきを原則としたことが、明瞭である。

然るに、支那に於ける實際の慣習を觀るに、家族たる妻が、私產を有ち得るのは、寧ろ民間普通の習俗である許りでなく、大理院の判例も亦、妻の特有財產所有を認めて居る。(大理院判例七年上字六六五號)

妻の特有財產は、婚姻前又は婚姻に際し、特に婚資として父兄より分給を受けたる財產、又は婚姻の前後に於て慣習上種々の名義の下に、親族或は知己より贈與せられたる財產、又は自己の勤勞によつて取得したる財產等を含むが、之を大別して、粧奩卽ち婚資財產及び其の他の私有財產の二とすることが出來る。今此種財產の所有關係に關する民間の諸慣習に就いて、それが、如何に、傳統的家族主義と背馳して居るかを觀察するに、大體、次の如くである。

一、粧　奩

現行律立嫡子違法條例には、『婦人夫亡、(中略)其改嫁者、夫家財産及原有粧奩並聽前夫之家爲主』と規定し、夫家の財産のみならず、妻の粧奩も亦、夫家の意思に依つて、之を抑留し、或は還附することを得べきものとして居る。而かも、實際の慣習に於ては、此の明文の規定に反して、離婚の際、其の原有粧奩を任意に携出して、毫も夫家の阻止或は干渉を許さない事例が、往々にして、地方的慣習となつて居る。例へば、『黑龍江省布西の習慣では、寡婦が改嫁する時には、多く女家の主婚に依る。亦寡婦自ら之を行ひ、男女兩家何れも之に關與しないものもある。寡婦が原有粧奩の携去を願ふ場合には、前夫の家は干渉することを得ない。』(『民事習慣大全』第四編婚姻三十七頁)

尙浙江省宣平縣にも、同縣の習慣がある。之に關して、『民事習慣大全』の說明するところに依れば、『(一)該習慣の實例及び其の沿革　婦人が結婚する時には、其の生家から一切の粧奩を携へて來る。又婦家が田地を贈與することもある。是を俗に『撥奩田』と名づけて居る。然るに、夫が死亡して改嫁する場合には、寡婦は、右の財産を持參して再婚することが出來るのである。此の種の慣習が發生した原因を考ふるに、蓋し、婦家が財産を贈與するのは、其の女に對して贈與するのであつて、其の壻に對して贈與する意思ではない。故に粧奩贈與契約書には『某々願將某處田畝、撥贈其女、以作粧奩』、並びに、『生爲食膳、死爲祭祀』等の文字を記入して居る。それ故に、婦人が改嫁する場合には、該財産は、自由に之を持ち去ることを得るの

である。此の種の習慣は、民間に久しく行はれて居るところであるが、其の由來沿革等を詳かにすることは出來ない。

（二）該習慣の行はれる地方及び其の效力　此の種の習慣は、宣平縣全體に普く行はれて居る許りでなく、縉云、麗水等の諸縣にも相當に行はれて居る。而して、其の效力は一般に人民に認めるところとなつて居る。

（三）該習慣と現行法律との關係　現行律には、『婦人夫亡、改嫁者、夫家財產、原有裝奩、並聽前夫之家爲主』との規定があり、大理院上字第三一九號判例にも亦同樣の明文がある。故に、該習慣は、明かに現行律及び判例と相抵觸する。然るに、社會上一般の心理を觀察するに、婚姻に當り、其の妻が、婦家より持參する一切の粧奩及び財產は、妻の特有財產と看做して居る。それ故に、夫は妻の同意を得るに非ざれば、之を處分することを得ない。夫は只管理使用收益の權利を有するのみである。一旦婚姻が解消して、寡婦が改嫁する場合、右の財產を携出し得るのは、卽ち此の爲である。』（同書第四編婚姻四十頁）

二、特有財產

既に述べたるが如く、支那古來の禮制に於ては、妻の私產を認めざるを原則とした。律例は、之に關して、何等直接の規定を設けては居ないけれども、祖父母父母の在世中卑幼の別籍及び異財を禁止したのに徵せば、家族たる妻にも私財なきを原則とした法意であることが、明瞭である。のみならず、一般の慣習に於ても亦、妻に私財なきを美德とするの觀念が、甚だ強い。是卽ち支那古來の禮教が要求するところであり、且つ禮教の精華たる家族制度

の强制するところのものである。

併しながら、それと同時に、現在の實際に於ては、妻が私財を所有することを以て、敢て背德違法の所爲と爲すことがない許りでなく、妻にして特有財產を所有するの事實は、決して、其の例に乏しくない。のみならず、是が寧ろ普遍的慣行となつて居る事實は、民律草案及び大理院の判例が、妻の特有財產所有の能力を認めたのに徵しても、極めて明瞭である。

而して、『臺灣私法』は、臺灣に於て、妻が自己の名義を以て財產を取得する場合の事例を列擧して、左記の如き說明を與へて居る。

『(イ) 妻が自己の勤勞に依つて私錢を得るは、下流社會に於て、多く見るところなり。例へば他人の爲に裁縫洗衣等を爲し、或は機織に從ひ、或は內職として鷄鴨羊豚等の家畜を養ひ、或は他人に雇はれて採茶、揀茶、製帽、製煙等の業に從ひ、其の賃銀を得るが如し。粵族部落に於ては、婦女皆纏足せず、男子に伍して苦力と爲り勞働する者多し。此等の私錢は、夫妻共同の生活費用に充つる者あれども、又中には私財として、被服首飾等を購求するの資に供し、或は之を蓄積する者少からず。

(ロ) 妻が夫又は其の親族より財產の贈與を受くるは、中流以上の家に於て、常に有る所なり。例へば (一) 壓茶銀と稱し、廟見の日に夫の親戚朋友より新娘に贈與する銀貨 (二) 夫又は生家より、定期に小使として妻に一定の金額を支給するもの (三) 夫又は其の尊屬より、妻に被服首飾等を買與するもの (四) 夫の母が其

の妻を愛して、特に其の私産を分與するもの等之に屬す。

（ハ）妻の名義を以て、田園家屋等の不動産を買得し、或は合股の股分を取得するは、富家に於て、屢々有る所なり。（一）通常妻は、其の勤儉蓄積したる私錢を以て不動産を買得するには、夫又は子の名義を以てするを多しとするも、自己の名義を以てするものも亦往々にして之あり、（中略）（二）其の反對に夫が自己の財産を以て不動産を買得し、妻妾の名義とするものあり、（中略）但し此の事例は、稀に發生する所なり。（『臺灣私法』三六三頁）

右の擧例は、專ら臺灣の慣習に關するものであるが、支那の其の他の各地でも、略々同樣の習慣が存在することは、寧ろ容易に想像し得るところである。

而して、この樣にして發生した特有財産の權利主體は、いふまでもなく、妻であつて、妻は之に對して完全なる所有權を有し、其の管理用益はもとより、之を自由に處分することも出來る。只妻は夫に聽從するを以て美德となすが故に、事實上、妻は夫の意思に從つて、其の管理權、用益權の全部又は一部を夫に讓り、若しくは、不動産又は重要なる動産の處分に就き、夫の同意を經ることを普通とするのみである。

以上夫婦財産關係に關する民間の諸慣習を通じて之を觀るに、支那に於ては、古來子婦に私貨なきを美德とし、妻が私産を有することは、禮制並びに法制の禁止したるところなるにも拘はらず、實際に於ては、此の規定に反し妻の特有財産を所有すること、比々然らざるはなきの有樣である。勿論、かくの如き妻の特有財産は、通常は少許

の財產たるに過ぎず、又かゝる慣例は、全體としては、寧ろ變則的例外的慣習たるを失はないとしても、而かも、妻の特有財產所有の慣習は、今後益々發達せんとするの傾向あり、從つて、夫婦間に於ける財產關係が、漸次に、所謂別產主義に傾かんとしつゝあるの事實は、毫も否定の餘地なきところである。而かも、かゝる傾向は、取りも直さず、支那に於ける大家族制度の客觀的基礎が次第に朽廢して、其の上部構造を徐々に變革せしめんとしつゝあることを意味する。蓋し、大家族制度が、家產主義に立脚するものであり、所謂近代的小家族制度が、別產主義に其の根據を置くものであることは、言を俟たぬところだからである。

## 第三節　同姓不婚制

支那の慣習に於ては、婚姻に關して、所謂『同姓不婚』が、最も重要なる實質的要件の一とされて居る。現在では、同姓の家族間に婚姻關係を結ぶことは、必ずしも常に、法律の禁止するところではないけれども、一般の慣習道德は、依然として、同姓間の通婚を忌み、婚姻は原則として、異姓間に取り結ぶべきものであるとして居る。例へば、劉なる姓を有する家族と、同じく劉なる姓を有する家族とは、其の兩家族の間に、何等の同宗關係がない場合でも、單に同姓なるが故に、其の兩家族間の婚姻を避けんとする社會的傾向が、極めて强い。

思ふに、支那に於ける同姓不婚制は、周代以來、歷朝の一般的習俗であつた許りでなく、歷代の法律は、悉く明文を以て之を規定して居る。

既に述べた樣に、支那の婚姻制度は、其の起原を遠く周代にまで遡ることを得るのであるが、周代の整備せる婚姻制度は、實に、其の後三千年を通じて、現在に至るまで、支那に於ける婚姻制度の基礎的型式となつて居るところのものである。然るに、周代に於て、同姓婚が、絶對に禁止されて居たことは、『孔子家語』に、『孔子曰、同姓爲宗、有合族之義、故繫之以姓、而弗別、綴之以食、而弗殊、雖百世昏姻不得通、周道然也』とあるに徵して知るべく、此の樣な同姓不婚の原則は、歷朝の法規によつて、其の儘に繼承せられたのである。

現存せる最古の法典たる唐律に於ては、同姓婚の禁止は、最も嚴格に規定されて居る。卽ち戶婚律には『諸同姓爲婚者、徒二年、緦麻以上以姦論』とあり、且つ疏議には、同姓は、又妾となすことを得ざる旨の規定がある。元典章も亦、至元八年以來、之を禁じ、明律にも、『凡同姓爲婚者、各杖六十、離異』との規定あり、大淸律例も亦、明律と同樣の法文を揭げ、同姓婚を爲すものは、其の男女及び主婚人共に之を罰し、婚姻は解消せしめ、財禮は沒收すべき旨を規定して居る。(戶律婚姻同姓爲婚條)尙、其の註に依れば、此の規定は、妾に對しても、準用すべきものとされて居る。

かくの如く、婚姻に關する同姓不婚制は、支那歷代の法制であつて、今も尙、一般的普遍的慣習として、支那社會の根柢に、深く浸潤して居るところの習俗であるが、然らば、此の樣な制度は、果して如何なる理由に基づいて發生し、且つ何故に、今日迄確乎として、其の慣習が動かないで居るのか。

(一)既述の如く、同姓不婚制が、儼然たる法律上の制度として確立さるゝに至つたのは、周代に於てゞあるが、周制

の同姓不婚制なるものは、畢竟同姓は同宗卽ち同一の祖先を有する男系の血族なりと認め、同一宗族內の通婚を禁止した法制であるに外ならない。而して、周代に於て、同姓不婚制が、法制として確立さるゝに至つた理由に關しては、凡そ次の如き原因が考へられる。

思ふに、近親婚姻を忌避するといふことは、人類の本能的傾向であつて、如何なる原始的民族と雖も、父娘兄妹等の近親者間の婚姻を禁ぜざるものはない。地球上に於ける現存野蠻未開人種についてすら、其の例證を求めることは、甚だ容易である。而して、人類の倫理的觀念が發達するに從つて、近親婚姻禁止の範圍を、漸次に擴大するに至るのも、是亦自然的傾向に外ならず、支那に於ても、旣に周以前に、五世以內の親族の婚姻を禁止し、廣く異姓相婚するの慣習が行はれた。

而して、周代に於ける同姓婚の禁止は、畢竟するに、社會の秩序を維持し、風俗の淫佚に流るゝことを防遏せんが爲に、特に前代の禁止を擴張して、同姓は、其の近親なると遠疎なることを問ふことなく、絕對に相通婚することを得ざるものと爲したるに外ならないのである。

蓋し、支那は所謂禮敎國であつて、倫理道德を以て、立國の基本原理とし、あらゆる諸制度の根本規範を、悉く禮敎の支配に委ねた。然るに、婚姻なるものは、人事に關する諸制度の淵源たると同時に、倫理道德の基礎たるべきものである。それ故に、支那に於て、古來婚姻が、所謂禮敎上の行爲として、特に其の倫理的重要性が認められ從つて、それに最も嚴格なる道德的條件が要求せられたのは、寧ろ當然の次第と謂はざるを得ず、周代の同姓不婚

制が、かくの如き理由に基づいて制定せられたものであることは、一點疑の餘地なき事實である。卽ち、同血族の通婚は人倫に反し、禽獸に近きものなるが故に、祖先を同じくし、血統を同じくする者、卽ち同姓は、如何に遠疎なる者と雖も、絕對に通婚することを得ざるものとするに至つたのである。

要するに、周代に於ける同姓不婚制の確立は、同姓は、取りも直さず、祖先を共にし、血統を同じくするこころの同宗なるが故に、之が婚姻を通ずる時は、道德の本義を紊り、倫理の基礎を破り、惹いては、社會の安寧秩序を紊亂破壞するに至るべしとの極端なる禮教觀念に起因するものであつて、かの同血族間の婚姻は、子孫の生殖に有害なりとする醫學的認識の如きも、もとより、其の一原因たるを失はないけれども、必ずしも、其の最も重要なる原因ではない。

かくの如くして、周代に確立せられた同姓不婚の原則は、周代以後、歷朝の法規によつて繼承せられ、社會的には、確乎として動かすべからざる慣習となつた。既に述べた樣に、唐律には、『諸同姓爲婚者、徒二年』との規定があり、明淸律にも、『凡同姓爲婚者各杖六十、離異』と規定されて居る。

然るに、上記の同姓不婚に關する法規を一瞥して、直ちに吾人の注意を惹くものは、同姓婚に對する法の制裁が唐律と明淸律とに於て、著しく異つて居ることである。卽ち唐律に在つては、同姓爲婚者は、徒二年の重刑に處せられたに反して、明淸律に於ては、其の刑罰は、僅かに杖六十に輕減されて居る。のみならず、淸律に至つては、表面上は、明律に從つて、絕對的に、同姓の婚姻を禁じ、且つ其の制裁も亦、明律と同樣であるとは云へ、實際に

於ては、立法の精神に鑑みて、大いに法文解釋上の自由を認めて居る。卽ち其の增注に、『同姓者重在同宗、如非同宗、當援情定罪、不必拘泥律文』とあるは是であつて、同姓と雖も、同宗に非ざる場合は、情狀を酌量して、其の罪を定むべしといふのである。

然らば、何故に、支那に於ける同姓婚の法律的禁止が、年代を經過するに從つて、漸次に寬大に赴いたのであるか。蓋し、其の主たる原因は、後世に至つては、姓なるものが、必ずしも、世系所出の異同を分つの標準たらざるに至り、同姓不婚を嚴格に强制する場合には、事實上多くの不便を免れず、從つて、之を緩和する必要に迫られたからである。

既述の如く、支那に於て、同姓の婚姻を禁止した理由は、最初、同姓は卽ち同宗であつて、同一の血統に屬するものであるといふ事實に基づき、同姓不婚を要求することによつて、同宗者間の通婚を避けんとするに在つたのであるが、其の後、人口の繁殖と、社會關係の錯綜とにつれて、同姓は、必ずしも同宗を意味するものではなくなつたのである。蓋し、社會狀態の複雜化は、到底姓の如き簡單なるものを以て、血緣の標識とすることを許さなくなり、種々の事由によつて、新たに姓を稱するものが出づる毎に、姓の制度は、甚だしく混亂し、同姓と雖も、何等血緣の關係を有しない場合が、極めて多くなるに至つたからである。

文獻の示すところに據れば、支那に於ける姓氏の混亂は、既に、三代以後の事實である。元來、支那に於ける氏なるものは、貴族の門地を表徵する稱號であつて、世系の所出を表示する姓とは、截然と區別さるべき性質のもの

であるが、兩者の混淆は、實に周末以後の歷史的事實である。卽ち秦興つて、周代封建の制が破壞せらるゝや、從來の氏は、一變して姓こ爲り、又後代に至つては、或は朝廷の賜姓により、或は支派の改姓により、或は漢族こ外族この混合により、異姓の數益々增加するこ同時に、同族にして異姓を冐し、又異族にして同姓を冐したるの結果姓の混亂甚だしく、事實上、姓は、世系の所出を明かにするの本質を喪失するに至つたのである。漢唐以後、所謂譜學の硏究が、支那に於て、如何に旺盛を極めたかこいふここは、其の反面に於て、姓氏の混亂が、如何に甚だしかつたかを物語るものであるに外ならない。

然るに、支那に於ける、同姓不婚なるものは、旣に述べた樣に、主こして、倫理的道德的觀念に基づき、同宗親族間の婚姻を禁止せんこするものである以上、必ずしも、絕對的に、同姓者間の婚姻を禁止する理由はない。何こなれば、同姓が同宗を意味する限りに於ては、同姓不婚制は、血族婚姻禁止の制度であり得るが、同姓異宗なるもの、間に於ける婚姻を、それが、單に同姓なるの故を以て、之を禁止するこごには、何等の意義がないからである。

かくの如き事情が、法律上に於ける同姓婚の禁止をして、年代を經過するに從つて、漸次に寬大ならしめた原因であるが、遂に、大淸改訂刑律に至つては、全然同姓不婚の一條を削除するに至つた。而して其の理由こするこころは、

『古者族系掌之於官、故周禮小史定世系辨昭穆、自漢高帝以婁敬請都關中賜姓劉氏、遂爲後世賜姓之始、厥後有

因避諱避禍而改姓者、有以部落色目冒襲漢姓者、若畜養義子之風於五季爲尤甚、雖譜牒之書代有纂述、而探源析本罕能推詳、如因同姓之故不許共爲婚媾、殊不知受姓命氏孰非上紹炎黃、以異姓而同源者已難縷計、至同姓不宗更無庸深論矣、此條於事實不合、擬請删除。』

こいふのであるが、之によつて觀れば、昔時は、官に於て族系を掌り、從つて同宗血族の關係は、姓によつて明瞭であつたが、漢代以降賜姓の俗あり、且つ種々の事由に依り姓を改むる者あり、又五季の時代に於ては、異姓の養子を爲すの風習が盛んに行はれたが爲に、族系姓氏の紊亂を生ずるこ同時に、姓を以て宗族の標準とすることを得ざるに至つた。卽ち、異姓にして同宗なるもの多々あり、同姓にして異宗なるものに至つては、更に多く、此の條文は、事實に合せざるが故に、之を删除すべきものとしたのである。

更に又、清末に起草された民律草案に於ても、其の第千三百三十三條に於て、『同宗者不得結婚』こ規定し、同宗者の婚姻を、絶對に禁止して居るにも拘はらず、同姓者の婚姻を禁止する規定を存しては居ない。

それ故に、現在では、同姓にして同宗ならざる者の間に於ける婚姻は、法律の禁止するところに非ざるのみならず、（大理院解釋例七年統字九〇九號）實際に於ても、所謂『同姓不宗』間の婚姻は、民間普通の慣習である。

例へば、『民事習慣大全』に據つて、之を觀るに、

『直隷省各縣では、從來同姓結婚の慣習がある。例へば、李李氏、劉劉氏等の名前は、決して尠くない。（註一）

同姓爲婚は、律の許さゞるところであるが、(註二)此の種の習慣は、慣行既に久しく、社會上普通の慣例となつて居る。併しながら、皆同宗ならざることを條件として居る。而して、かゝる習慣は、僅かに直隷一省のみに止まらず、長江以北各省に概ね行はれて居るところである。』(同書第四編婚姻二六頁)

(引用者註)(一)既に述べた様に、支那の婚姻制度に於ては、妻は、其の姓の上に夫姓を冠して呼ばれるからである。

(二)此の點に關しては、現行律が、同宗爲婚の禁制を存して、同姓爲婚の一條を刪除して了つたこと前述した通りである。

以上に依つて明瞭なるが如く、支那の婚姻制度に於ける同姓不婚制なるものは、現在に於ては、必ずしも法律の強制するところに非ず、又實際の慣習に於ても、之に背馳する慣習の存在することは、掩ふべからざる事實ではあるが、併しながら、尙全體として之を觀れば、所謂『同姓不婚』なる觀念は、其の道德思想の根柢に深く浸透して居り、一般的慣習としては、依然として、同姓間の婚姻を忌避する傾向が極めて強い。卽ち現在に於ても、婚姻は必ず異姓の間に行ふべしとする觀念が極めて強く、同姓は、其の同宗たると異宗たるとに論なく、卽ち本來の同姓換言すれば同宗として、之と通婚せざることを道德上並びに慣習上の原則として居る。

『臺灣私法』に、

『臺灣に於ては、一般に同姓は直ちに親族なりと思惟するよりして、苟くも同姓なる以上は、實際に同宗なると否とを問はず、絕對に婚姻すべからざるものと確信し、法制の如何に拘はらず、上下を通じて一般に之を禁じ之

を諱み、斷じて之を犯す者なく、恰かも宗教上の信念の如く古制を墨守して動かず、之を犯すを以て罪惡の最も甚だしきものと爲すが如し。』（同書二六八頁）とあるは、卽ち臺灣の地方的慣習に就いて述べたものではあるけれども、同樣な社會的事情に沿ふて、これと同樣の慣習が、支那社會の全體に亘つて行はれつゝあるのは、寧ろ當然と謂はなければならぬ。

蓋し、支那の如く、人爲的制度よりも、寧ろ自然的慣習の重んぜられる社會に在つては、法制が、一度民衆の社會生活に根差して、慣習化せられた上では、其の慣習に就いて、しかく迅速に、根本的變化の起り得べき道理がないからである。

かくして、支那に於ける所謂同姓不婚制なるものは、もともと同宗親族間の婚姻を禁止せんが爲に、同姓卽ち同宗であるといふ儼然たる社會事實に基づいて制定せられたものではあるが、社會狀態の變遷につれて、同姓は必ずしも、同宗を意味しなくなつた後も、同姓不婚の制度それ自體は、社會事實を離れた謂はゞ一種の社會的觀念として、其の超越的存在を高調するに至り、社會生活の實際上の要求如何を問はず、觀念化せられた制度の理想を以て依然として、之に最も強い拘束を加へつゝあるのである。

而かも、かくの如き現實を無視する制度が、實際の社會生活に對して、多大の不便を齎すべきはもとより當然であるから、かゝる制度の早晩消滅し去るべき運命を有することは、自ら明瞭であるとは云へ、併しながら、因襲的保守的社會の支那の現狀に於ては、まだまだかくの如き制度が、其の社會生活上に、極めて重大なる役割を演じつ

あるのである。

## 第四節　蓄妾制

支那に於ける蓄妾制は、其の婚姻制度並びに家族制度と、極めて密接不可離の關係に立つものであるから、支那の婚姻並びに家族制度に關する考察を、より徹底的ならしめんが爲には、是非とも、蓄妾制に就いて、一應の檢討を試みる必要がある。

### 第一項　蓄妾制の沿革及び現狀

支那に於ては、古來祖先の祭祀を尊び、家を重んずるが故に、男系の血統を尊重することが、最も甚だしい。支那に於ける婚姻の制度が、此の必要に基づいて制定されたものであることは、既に之を述べた如くであるが、其の蓄妾の制度も、亦同じ樣な社會的必要に沿ふて發生したものである。故に、其の目的は、婚姻のそれと同じく、祖先祭祀を繼承すべき後嗣の斷絕を防ぐことに在るのであるが、此の樣な目的は、又所謂階級誇示の觀念と結合して著しく其の制度を發達せしめた。即ち、所謂一夫多妻或は蓄妾が、權力又は富力を表示する象徵として、優越階級の間に行はれる傾向のあるのは、單に支那と云はず、何れの國何れの時代にも、其の例を求むることは、甚だ容易であるが、支那に於ては、此の觀念が、蓄妾の家族主義的意義と結び附いて、一層廣汎なる社會的承認を得た結果として、其の制度が、動かすべからざる社會制度となるに至つたのである。

支那に於ける蓄妾制の沿革を按ずるに、古制に於ては、階級に應じて、妾の員數に制限を加へ、或は身分に應じて、妾の名稱に差別を附して居た。卽ち周制に於ては、天子及び諸侯は、『天子一娶十二女、諸侯一娶九女』を以て定數と爲し、正妃死すれば、媵（妾）を以て繼がしめ、再娶を認めず、太夫以下亦之に準じ、『太夫一妻二妾、士一妻一妾』を以て原則と爲し、庶民には、蓄妾を許さず、字義通りの一夫一婦を强要した。人民一般に蓄妾を許すに至つた年代は、明瞭ではないが、唐律及び其の他の文獻に、蓄妾に關する規定或は註疏あるにも拘はらず、蓄妾の制限に關しては、何等徵すべきものがないところを以てすれば、既に隋唐の時代に於ては、蓄妾に關する身分上の制限は、廢止せられたものと認められる。

然るに、降つて明朝に至つては、再び古制に復し、身分に應じて、妾の員數を制限すると同時に、庶民の蓄妾は原則として之を禁じ、只四十歲以上にして子なき者に限り、之を許した。明律の妻妾失序律に、『其民年四十以上無子者、方聽娶妾、違者笞四十』とあるは卽ち是である。又妾の員數に關しては、名例律問刑律條例五刑の條附第八項に於て、身分に應じて、詳細なる規定を設けて居る。（『臺灣私法』四二八頁參照）

淸律は、明律を殆んどそのまゝに踏襲したにも拘はらず、特に蓄妾に關する身分上の制限を删除し、再び放任主義を採用して居る。故に、前淸時代に於ては、現今に於けると同じく、身分の如何に關せず、蓄妾は公認せられ、且つ其の員數は隨意であつた。

現在に於ても、蓄妾に關する年齡其の他身分上の制限等は、全然設けられては居ず、あらゆる階級の男子は、尠

くとも適婚年齢に達したる以上、一人若しくは數人の妾を蓄へることが自由である。のみならず、法律は依然とし て、妾を以て妻に準ずるものと爲し、夫の家族として、其の身分上の地位を認めて居る。

即ち、大理院の判例に據れば、

『妾は家族の一員たるを以て、其の他の家族と同じく、相當の待遇を受くべきものとす。』（七年上字九二二號判例要旨）

とあり、更に又、

『妾と家長（註）との身分關係の成立に關して、如何なる要件を具備すべきやに就いては、現行律上何等明文の規定なし。條理に依つて之を判斷するに、其の家長に在つては、該女を以て自己の正妻以外の配偶者と爲し、且つ家族と爲すの意思あることを要し、妾に在つては、其の家長の家に入り、正妻に次ぐ地位の家族となるの意思あることを要す。之により始めて該女が、其の家長の法律上の妾たることを認むべく、男女の曖昧なる同居關係を以て、直ちに家長と妾との身分關係と認むることを得ず。』（七年上字一八六號判例要旨）

とある。

（註）茲に所謂家長とは、妾に對するの稱呼であつて、妻に於ては、其の配偶者を夫と稱し、妾に在つては、之を家長と呼ぶのである。

此の樣に、支那に於ては、現在でも、妾の法律上の地位を認め、之に妻に準ずるの身分を與へては居るけれども

併しながら、其の婚姻制度は、尙最も嚴格に一夫一妻主義を採り、重婚は、絕對に之を禁止して居ることはいふまでもない。それ故に、正式の婚姻に因る夫妻の關係と、正式の婚姻に因らざる家長と妾との關係は、其の間に、法律上最も嚴重な區別が附けられて居る譯である。卽ち、

『家長と妾との關係は、夫妻の關係と同じからず。此の種の關係も亦一種の契約に因り發生すと雖も、其の性質及び効力は、既に婚姻と異る。則ち此の種契約の解除には、自ら離婚の規定を適用すること能はず。該家長若しくは該女に於て、已むを得ざるの事由發生したる時は、何時にても契約を解除することを得。』（五年上字八四〇號判例要旨）

而して、家族內に於ける妾の地位に就いては、

『家政は、應に統一するところなかるべからず。凡そ家族の家事に關する行爲は、均しく家長の監督を受くべし故に正妻は當然夫の妾を監督することを得。』（六年上字八五二號判例要旨）

併しながら、嚴密に之を云ふ時には、妾に對する家長の稱呼は、宛かも妻に對して夫と謂ふに同じく、故に、それは必ずしも常に一家統率の任に當る家長を意味するものではない。それ故に、此の判例は、嚴密には、妾を畜へて居る者が、一家統率の任に當る家長たる場合にのみ關するものであるが、しかし、これは、此の場合別に問題とするに足りない。何となれば、家族內に於ける妾の地位は、妻が夫と同一の地位に在るに反し、常にそれよりも低い地位に在ることが、是によつて明瞭に示されて居るからである。只是に關し、妾に對して謂ふ家長と、一家統率の任

に在る家長とは、全然別個のものであることに、特に注意する必要があるのである。

支那に於ける妾の法律上の地位は、大體以上述べた如くであるが、此の樣な妾の子は、所謂『庶子』として、嫡子に次いで宗祧承繼權を與へられ、嫡子と同等の家產承繼權を認められて居る。(第七章相續制度參照)

即ち、支那に於ける所謂庶子なるものは、我國のそれの如く父の認知したる私生子を指稱するものではなく、法律上の身分を有する妾の子を意味し、其の地位は、嫡子のそれと、殆んど異るところはない。

のみならず、妾の地位は曩に指摘した樣に、法律的には、妻のそれよりも幾分低いけれども、家族の一員として家事或は財產上の問題に對しては、實際上、妻と殆んど同樣な發言權を持つて居る。妾の子即ち庶子の地位は、事實上、嫡子のそれと、何等の差異が認められない。蓋し、實子の地位に於ける差異は、主として、相續權に關して現はれるものであるが、支那の現狀に於ては、最早律定の宗祧承繼なるもの行はれず、宗祧は、財產と共に、諸子平等に之を相續するを原則として居るからである。(第七章相續制度參照)

民律草案に於ても、其の第千三百八十七條に於て、『妾が產みたる子は庶子とす』と規定し、明かに妾の法律上の地位を承認して居る。加之、庶子は、嫡母が年五十を過ぎて子なき時には、嫡子の身分を取得し得る許りでなく、(第千三百八十九條)財產相續に就いては、嫡子と同等の相續權を與へられて居る。(第千四百七十四條)

上述の如く、支那の蓄妾制は、今も尚法律上公認せられた制度であつて、其の家族制度に極めて重大な役目を演じて居るものである。

それのみか、蓄妾の風習は、現今に於ても、支那社會に於ける優越階級の一般的普遍的慣習であつて、多少富裕なる家族に在つては、經濟的能力の許す限り、爭ふて蓄妾し、其の多きを誇るの實情に在る。蓄妾數に關する正確なる統計は、もとより之を得るに困難であるが、今試みに、『支那の社會組織』（東亞經濟調査局經濟資料）中に記載せられた廣東に於ける調査を引用すれば、凡そ次の如き數字が示されて居る。

| | 檢査家數 | 同人口 | 妾數 |
|---|---|---|---|
| 河南區 | 三、二〇〇 | 一九、二〇〇 | 一、〇七〇 |
| 老城區 | 毎十家に妾一人 | | |
| 某調査員の調査 | 二八七 | 一、六九八 | 二六〇 |

（同書二七頁）

かくの如き部分的統計は、無論支那全國に於ける蓄妾の比率を推定し得べき何等の材料とはなり得ないけれども併しながら、是を以てしても、如何に、此の風習が、支那の社會に盛んであるかを想見し得る。

### 第二項　蓄妾制存在の理由

支那に於ける妾は、一の親族法上の身分を有し、妻に準じて夫の家族と爲り、其の夫と親族關係を有するは勿論、夫の親族とも亦親族關係を有するものであるが、此の樣な蓄妾制は、然らば何故に、しかく確乎たる法律上の制度としての存在が認められ、其の慣習が、かくも普遍的に行はれつゝあるのであらうか。其の最も重要な原因は

いふまでもなく、血統の子孫を必要とする家族制度の要求に在るのである。

支那の蓄妾制が、祭祀を繼承すべき男系子孫の斷絶を防ぐが爲の必要に基づいて發生したものであることは既に之を述べた。支那社會の基本組織たる家族の最も神聖なる使命は、男系の子孫によつて祖先の祭祀を繼續するといふことである。それ故に、正妻に子なき場合、妾を蓄へて相續人を得るといふことは、たゞに家族の使命を果たす所以である許りでなく、社會の基本組織を擁護する爲に必要なる手段でもある。支那の蓄妾制が、古來禮制並びに法制に依つて公認せられて來たといふのは、畢竟此の理由に基づくのであるが、現在の蓄妾制も亦、かゝる理由の下に、其の社會的並びに法律的掩護の下に立つて居るものであること、毫も往昔と渝るところはない。卽ちかの民律草案に於てすら、其の理由書中に、『蓄妾は以て祭祀の窮を濟ふべし』なる言葉が存在して居る程である。(第千四百六十八條立法理由)

第二に、支那に於ける蓄妾制が、階級的優越性の表示として、社會の一般的承認の上に支持せられたことは、此の制度を確立し、且つ維持する上に、極めて重要なる原因であつたことも、亦疑の餘地がない。

蓄妾が、權力若しくは、富力の象徵として、優越階級の間に行はれ易い傾向を有するのは、いふに及ばず、殊に蓄妾そのものが、前述の如き、重要なる意義を有するに於ては、猶更之が優越階級の間に、普遍的に行はれ、妾數の多きを以て、其の社會的優越を誇示するといふが如き風習を馴致するに至るのは、もとより當然と謂はねばならぬ。

支那の古制に於ては、階級に應じて妾の員數に制限を加へたことは、既に之を述べた通りであるが、現今に於ても、支那の支配階級若しくは富裕階級の間に於ては、其の經濟的能力の許す限り、數人或は數十人の妾を蓄へて、一種の社會的榮譽と爲して居る。のみならず、蓄妾が、男子の性的慾望の滿足の爲に好都合なることは、一層此の風習を助長せしめることゝ言を俟たない。

第三に、支那に於て、蓄妾の慣習を、普遍的ならしめた一因が、其の家族主義的婚姻制度に在ることは、是亦疑ふべくもない事實である。卽ち支那の婚姻は、父母の命と媒人の言とによつて左右せられ、當事者の意思は、殆んど全く顧みられない。かくの如き婚姻が、往々にして、當事者に對し、滿足すべき結果を齎さないことは、もとより當然であつて、かゝる場合、夫が自由に妾を選擇して、之を娶入するに至ることも亦、當然の歸結である。蓋し支那の社會的慣習として、離婚を大なる不詳事とし、之を出來得る限り避けんとするが爲に、蓄妾の風を盛んならしむること、宛かも、養子制度に嚴格なる條件を附したるが爲に、蓄妾を奬勵すると同斷である。（養子制度に關しては次章參照）

第四に、支那に於ける家族主義的社會道德は、妻が、家を離れて他鄕に行くことを許容しない。卽ち、夫が外に出ても、妻は之と同行することを得ず、家に在つて、父母に對する孝養を怠つてはならぬとされて居る。故に、夫の長期間の不在、例へば、商用に因る外省滯在、其の他、無產階級に於ける出稼、官僚階級に於ける赴任等に在つても、妻は、父母の膝下を離れざるを原則とする。かくの如き社會的慣習が、支那に於ける蓄妾の盛行を誘致する

一因であることも亦、否定の餘地なき事實である。

以上は、蓄妾の原因と認めらるべきものに就き、其の主要なるもの、二三を摘記したのであるが、是等を通じて特に注意さるべき要點は、支那に於ける蓄妾制が、如何に、其の家族制度と、密接なる關係を有するものであるかといふことである。即ち後繼者を得る爲に、子を産むことが、家族制度の要求するところであるのは、いふまでもなく、家族の繁榮が、社會的榮譽とされるのは、家族制度國たる支那に在つては、寧ろ當然の事であり、其の他婚姻制度、離婚制度並びに養子制度及び親子關係の規範等が、悉く蓄妾の原因たり得るといふのも、つまり、是等が悉く家族主義的であるといふ點に、其の事實上の根據が存在するのである。

要するに、支那に於ける蓄妾の制度は、一面には、家系を連續せしむべき子孫を得んが爲に、又他面には、支配階級の優越誇示の爲に、法律的並びに社會的の二の方面から、其の社會制度としての存在が保障されて來たものであつて、結局、其の大家族制度と共に存在し、此の兩者は、極めて、密接不可離の關係に立つものであるが、然らば、此の事は、果して何を意味するかと云ふに、いふまでもなく、蓄妾制が、大家族制度の崩壞過程に隨伴して、やがて、必然的に、消滅し去るべき運命に在ることを豫示する。

法律が、由來支配階級の利益に沿ふて、制定せられるものであることはもとより言を俟たぬところであるが、それと同時に又、法律は、民情の變遷に沿ふて、次第に改廢せられて行くことを免れぬ。支那に於ける法律制度としての蓄妾制は、飽迄も祖先崇拜の觀念に、其の理論上の根據を有ち、大家族制度に、其の事實上の根據を有つ。然

るに、祖先崇拜の觀念が頽廢し、大家族制度が、漸く崩壞の過程を辿らんとしつゝある支那の現在に於ては、法律が、蓄妾制を支持すべき理論上並びに事實上の根據は、既に消滅し去りつゝあるものと謂はねばならない。『臺灣私法』に、

『今日に於ては、蓄妾の目的は、古制の如く、必ずしも後嗣の斷絕を防ぐに在らず、却つて、肉體的慾望に基づくもの多しとす。臺灣の實際に於ても、後嗣の斷絕を防ぐの目的を以て、蓄妾を爲すが如きは、僅かに、上流社會の一部に限り、他は皆慾望の滿足の爲に之を爲すものなりとす。』(同書四三一頁)

とあるが如きは、卽ち此の間の消息の一般を物語るものであつて、かくの如き民情の變遷に沿ふて、支那の蓄妾制は、將來やがて、根本的變革を受けることを免れぬ。尠くとも、法律が妾の親族法上の地位を公認するが如き事實は、早晩消滅し去るべき運命に在るものである。

## 第五節　離婚制度

本節に於ては、支那の離婚制度に就き、離婚法規並びに離婚慣習を通じて、其の性質の如何なるものであるかを闡明し、且つそれが、今後如何なる方向に推移せんとしつゝあるかを考察せんとするのである。

### 第一項　離婚法規

離婚に關しては、古來支那法は、容易に之を許さざるの主義を採り、離婚の原因なくして、擅に妻を出す者を罰

するの規定を設けて居る。卽ち、明淸律には、『凡妻於七出無應出之條、於夫無義絕之狀、而擅出之者、杖八十、』（戶律婚姻出妻條律）ど規定し、唐律にも亦略々同樣の規定がある。是蓋し、旣に述べた樣に、支那に於ける婚姻の根本觀念が、夫婦關係の恒久不變を本義とするが爲であるに外ならない。

併しながら、元來婚姻は、人爲的結合であつて、親子の如く、自然的結合に非ざるが故に、時として、離婚の已むを得ざるに立至るのは、當然であると同時に、婚姻そのものが、極めて重大なる倫理的意義を有し、其の目的が、上は祖先の祭祀を繼承し、下は子孫の斷絕を防止するに在るのであるから、人倫に違背し、若しくは、婚姻の目的を達することと能はざるものは、或は之を必ず離婚すべきものとし、或は之を離婚することを得せしむるものとした。

是、古來支那法が、婚姻を以て、男女の恒久不變なる終生的結合たるべきことを原則としたにも拘はらず、離婚絕對禁止主義を採ることなく、所謂義絕七出等の離婚の原因を認め、是等の原因ありたる場合には、法律の規定又は夫の意思に因り、强制的に妻を離婚せしめた所以である。

而して、支那法は、上述の如き强制離婚を、離婚法の原則として認めて居るものであるが、併しながら、又一方には、所謂協議上の離婚なるものをも認めて居る。明淸律の出妻條律に、『若夫妻不相和諧、而兩願離者不坐』とあるのは、卽ち是である。

以下支那法に於ける協議離婚と强制離婚とに就いて、其の槪要を略說するに、凡そ次の如くである。

第一、協　議　離　婚

協議上の離婚は、既に唐律に於て之を認めたところであつて、其の出妻律に、『若夫妻不相和諧、和離者不坐』と規定し、七出の原因なくして妻を出す時は罪あるも、若し夫妻相和せず、双方離婚に合意する場合には、妻を出すも之を罰せずとし、明清律共に之を踏襲して、同様の條文を揭げたことは、今も述べた通りである。

右律例の規定に據れば、協議上の離婚には、（一）配偶者双方の不和なること、及び（二）配偶者双方共に離婚を願ふの意思あること、の二要件を具備すれば足るが故に、協議離婚は、夫婦の合意を以て、唯一の要件とし、夫婦以外他の何人にも協議することを要せず、其の方法は極めて簡單である。

律例の協議離婚に關する規定は、かくの如く自由且つ簡易なものであるが、併しながら、之に關して特に注意すべき點は、由來男尊女卑の風習あり、夫權の極めて強大なる結果として、實際上、妻が夫に對して離婚を請求することに能はざるは勿論、夫が離婚を請求する場合には、妻又は妻の實家は、之を拒絶することが、事實上不可能であり、此の點に於て、夫妻相互の合意に因る協議離婚と、夫の一方的意思に基づく強制離婚との區別は、甚だしく明瞭を缺ぐ譯であり、從つて協議離婚に關する律例の規定は、尠くとも、妻にとつては、其の實際的効果は、殆んど無きに近いといふこと、是である。

第二、強　制　離　婚

強制離婚は、支那法上に於ける離婚の原則であつて、之を次の二に分類することが出來る。

一、法律に因る强制離婚。

二、夫の意思に因る强制離婚。

一、法律に因る强制離婚

支那法に於ては、一定の原因ある時は、法律の規定を以て强制的に離婚を命ずる。是、玆に所謂法律に因る强制離婚である。

而して、此の離婚の原因を、義絶といふのであるが、義絶とは、其の文字の示すが如く、夫婦の義絶ゆるの意であつて、夫婦は人爲的の結合なるが故に、義を以て主とすべく、故に、義絶ゆれば、婚姻關係を解消せしむべしとの意である。

かるが故に、夫又は妻に非行があつて、夫婦の義絶えたるものと認むべき場合、卽ち義絶の事實ありたる場合には、法律は、必ず離婚を爲すべきものとし、若し義絶の事實ありたるにも拘はらず、離婚せざる時は、之を罰する。律例に、『若犯義絶、應離而不離者、杖八十』(戶律婚姻出妻條律)とあるは、卽ち是であつて、法律に依つて離婚が强制される場合である。

而して律例に於て、義絶の狀あるものと爲す場合を擧ぐれば、凡そ次の如くである。

(一)夫が妻を縱容し又は抑勒して、人と通姦せしめたる場合。(縱容妻妾犯姦律)

(二)夫が妻を嫁賣典雇して、人の妻妾と爲したる場合。(典雇妻女律)

（三）夫の祖父母、父母、嫡繼慈養母が、非理に妻を毆打して、廢疾、篤疾に致したる場合。（毆祖父母父母律）

（四）其他義絶の狀ある場合。（唐律出妻律疏議の規定するところにして、大清律の踏襲したるもの）

（イ）夫妻の一方が、他方の祖父母、父母、伯叔父母、姑、兄弟、姉妹を殺害したる場合。

（ロ）夫妻の一方の祖父母、父母、伯叔父母、姑、兄弟、姉妹が、他方の祖父母、父母、伯叔父母、姑、兄弟姉妹を殺害したる場合。

（ハ）夫妻の一方が、他方の祖父母、父母を毆打したる場合。

（ニ）妻が、夫の緦麻以上の親と姦し、又は夫が、妻の母と姦したる場合。

（ホ）妻が、夫を殺害せんとしたる場合。

以上數個の法定離婚原因は、いふまでもなく、倫理道德に、其の基礎を置いて居るものであつて、夫妻の何れか一方に、禮敎上の規範に違背した非行があつた場合、夫婦間の情義は、之に因つて斷絶せられたるものとし、法律は、強制的に、其の婚姻關係を解消せしめるのである。

二、夫の意思に因る強制離婚

支那法に於ては、夫は妻に對し、強大なる夫權を有し、妻は夫に對して、絶對的服從の義務を負ふものではあるが、而かも、夫の意思のみに因つて、擅に妻を離婚することを許さず、義絶ありたる場合を除くの外、所謂七出の

事由ある場合に限り、之を許すものとし、且つ夫が、妻を離婚するには、豫め祖父母、父母其の他の尊長に協議して、其の同意を得ることを以て、德義上の義務と爲して居る。所謂七出の理由とは、

一、子なきこと（無子）

二、淫佚なること（淫佚）

三、舅姑に不孝なること（不事舅姑）

四、多言饒舌なること（口舌）

五、竊盜を爲したること（盜竊）

六、嫉妬深きこと（嫉妬）

七、悪疾あること（悪疾）

の七を謂ひ、周の禮制に出づるものであつて、周代以後、歷朝の禮制並びに法制の採用するところとなり、以て清律に及んだのである。

而して、七出は、義絶が、所謂法律上の離婚原因たるに對し、謂はゞ禮敎上の離婚原因に屬するものであつて、それ故に、そは唯、夫が妻を離婚し得るの原因たるに過ぎず、强行的のものではない。換言すれば、法律に因る强制離婚の場合と異り、七出の原因ありたる場合は、必ず離婚を爲さゞるべからずと云ふにあらずして、離婚するや否やを、夫の意思に一任するのである。是卽ち、七出の事由に基づく離婚を、夫の意思に因る强制離婚と謂ふ所以

である。

かくの如く妻に七出の事由ある場合、之を離婚するは、一に夫の自由意思に因るべきものであるが、併しながら七出の離婚原因が存在するにも拘はらず、夫が妻を離婚し得ない場合がある。所謂三不去の事由ある場合が、即ちそれである。而して、三不去とは、

一、妻が夫の父母の爲に、三年の喪に服したる場合（與共更三年之喪）

二、娶りたる時貧賤にして、後に富貴となりたる場合（先貧賤後富貴）

三、離婚の後妻の歸依する所なき場合（有所娶無所歸）

是亦、周制に出で、七出と共に、歴代の禮制及び法制の採用したところのものである。

以上述べた强制離婚の中、夫の意思に因るものと、將又法律の强制に因るものとを問はず、其の何れの場合にも妻は絕對に離婚請求權を有しない。それ故に、妻が離婚を請求するも、夫が之を許容しない場合には、何等の効果なく、而かも妻が、擅に逃亡する時は、法律によつて處罰せられる。（戶律婚姻出妻條律）

卽ち、離婚には、必ず夫の同意を要し、妻には、强制的離婚請求權がない。換言すれば、離婚請求權は、夫に專屬する權利であつて、此の點に關し、妻は全然無能力である。

只、此の原則に對して、唯一の例外を爲すものは、僅かに、夫が失綜して歸期不明なる場合に於て、官に報告して、其の許可を得た場合に限られて居る。卽ち夫が逃亡して、三年間歸來せざる時は、官より執照を受け、妻の意

思に因つて、離婚を爲すことが出來るのである。（戸律婚姻出妻條律）

### 第二項　離婚慣習

以上は、大淸律例に於ける離婚法に就き、其の大要を述べたものであるが、これを通じて、特に明瞭に看取せられる點は、いふまでもなく、それが著しく家族主義的特質を帶びて居ることである。

而して、支那に於ける離婚制度の家族主義的特質は、妻に對して離婚請求權を認めない點に最も明白に現はれて居る。蓋し、家族主義は常に父權的なることを特徴とするが故に、純粹なる家族制度の下に在つては、夫權のみ獨り絶大であつて、妻權は之に壓倒せられて、殆んど其の存在を認められず、從つて、妻の家族員としての權利は、殆んど無きに近いことを原則とするからである。

のみならず、現在支那に於て行はるゝ離婚に關する實際の慣習は、支那に於ける妻が、離婚に關して、如何に無權利の狀態に在るかを示して居る。

實際の慣習に於ても、離婚は、殆んどすべて强制離婚たることを常とし、其の離婚の原因と認められるものは、矢張、義絶及び七出である。（『臺灣私法』三七八頁、大理院判例四年上字第一七九三號）蓋し、支那の如く、傳統的慣習を重んずる社會に於て、かくの如き、古風なる禮教的規範が、今も尙依然として、最も强い拘束力を有して居るといふことは、何等驚異に値するものではない。併し、社會狀態の特に著しく變化した今日に於ては、かゝる古代的規範のすべてを、其の儘最も嚴格に適用することが、事實上不可能であるのは、いふまでもなく、それ

故に、七出の中、無子、口舌、嫉妬、悪疾等の如きは、現在に於ては、單に純然たる禮教上の離婚原因たるに過ぎず、實際上、寧ろ有名無實の形式的規範たるに止まつては居るもの丶、而かも、淫佚(姦通を含む)、盗竊(詐欺を含む)、不事舅姑(不孝なること)等の如きに至つては、今尚依然こして、最も重大なる離婚原因こして之を認め、若し妻が之を犯した場合に於て、夫が妻を離婚しない場合には、一般に之を擯斥するの風がある。尤も、下流社會に於ては、義絶七出の何たるやを知らず、假令へ之を犯すも、必ずしも離婚しない場合もあるこ同時に、夫が妻を離婚せんこする時は、必ずしも七出及び義絶の原因あることを要せず、夫權を濫用して、强制的に離婚を爲す場合もあるが、一般的慣習が、大體に於て、義絶並びに七出を、離婚の原因こ認めて居ることは、爭ふべからざる事實である。

義絶及び七出の慣習的効力は、大體以上述べた通りであるが、然るに、三不去の原則に至つては、慣習上の効力頗る薄弱であつて、夫が離婚を强制する場合には、妻は、三不去を理由こして、之を拒むことを得ないのが最も普通の慣習である。

次に、協議上の離婚に關しては、大理院の判例にも、『協議離婚は、現行律の准許するところなり。』(大理院五年上字第一四七號判例要旨)こあり、慣習も亦、强制離婚の外に於て、協議離婚をも認めて居ることは、否定の餘地なき事實であるが、併しながら、所謂男尊女卑の風を以てして夫權の絶對的に强大なる結果、慣習上、眞正の協議離婚は、極めて尠い。

協議離婚の最も普遍的なる形式は、所謂『贖身』と呼ばれて居るところのものである。贖身とは、其の文字の示すが如く、身柄を買戻すの意味であつて、妻の實家が、夫家に對して、通例聘金を標準とする相當の金額を與へ、家女を引取ることを意味する。即ち、配偶者双方の不和、若しくは家計の貧困等の爲、妻を離婚せんとする場合、夫は、其の父母を通じて、先づ妻の實家に交渉し、婦家に於て之を承諾したる時は、贖身銀を受け、贖身字を作つて、之を離婚するのである。それ故に、贖身は、形式上は協議上の離婚であるが、併し、既述の樣に、一般に夫權の極めて强大なる結果として、夫又は夫家が、贖身を要求する場合には、妻又は妻の實家は、之を拒絕することを敢てせざるのみならず、妻又は妻の實家が、之を承諾せざる時に於ては、夫は休書（離婚狀）を與へて、强制的に離婚せしむるか、若しくは賣妻字を立てゝ、之を賣るを常とするが故に、事實上純然たる强制離婚たるに外ならないのである。

上述の如く、支那に於ては、法制上はもとより、實際の慣習に於ても、原則として、妻の離婚請求權を認めず、妻は離婚に關し、殆んど全く無權利の狀態に在るのであるが、かゝる事實は、いふまでもなく、かの家族主義的婚姻制度並びに大家族制度そのものの存在に起因する必然的結果である。即ち支那に於ける現在の女性は、其の所謂大家族制度の下に在つて、父母主婚の慣例を破ることも出來なければ、家族倫理の傳統的規範に反抗することも出來ない。彼等が、離婚に關して、何等の權利をも有しないのは、寧ろ當然の次第と謂はねばならない。

既に述べた樣に、支那に於ける家族制度は、父權的家長權の上に打立てられて居るものであるが、父權の强大は

其の反面に於て、女性の地位の低劣を意味する。それ故に、支那の婚姻關係に於ける女性の地位が、如何に劣悪なる狀態に止まつて居るかといふことは、取りも直さず、家族制度の古代的形式が、如何に確乎として維持されて居るかを、最も明瞭に表示する標識であるに外ならない。

併しながら、それと同時に、又他の一面に於ては、主として經濟的理由に基づく支那家族制度の漸次的崩壞過程に伴ふ女性の地位の向上を、全然看過する譯には行かない。のみならず、支那に於ける女性の間に、傳統的家族主義に對して、感情若しくは利害の衝突よりして、之に反抗的態度を示す一部の明かな傾向があることに關しては、既に本章第二節に之を述べたところであるが、此の樣な女性の家族主義に對する反逆は、一方に於て、家族制度の崩壞過程を促進する有力なる動機であると同時に、又他方に於ては、女性の地位の向上を誘致する重大なる原因である外はない。

支那に於ける家族制度の崩壞過程に於て、如何に女性の地位が、過去のそれと變つたかは、民律草案の離婚に關する規定に、最も明瞭に反映されて居る。卽ち、民律草案が、其の第千三百六十二條に於て、夫妻に、大體に於て平等なる離婚請求權を與へたことは、支那の家族制度に於ける劃期的大變革であると謂はねばならない。何となれば、舊法に於ては、女子は離婚に關し、殆んど全く無權利の狀態に在つたこと、既に述べた如くであるが、民律草案は、此の點を根本的に變改し、殆んど同等の離婚請求權を、男女に齊しく與へたからである。卽ち民律草案第千三百六十二條は、『夫婦の一方は、左記の場合に限り、離婚の訴を提起することを得』と規定し、裁判上の離婚原因

を、左記の如く制限的に列擧して居る。

一、重婚を爲したるこき

二、妻が姦通を爲したるこき

三、夫が姦淫罪に因りて刑に處せられたるこき

四、配偶者が故意に自己の殺害を謀りたるこき

五、夫婦の一方が他の一方より同居に堪へざる虐待又は重大なる侮辱を受けたるこき

六、妻が夫の直系尊屬を虐待し又は重大なる侮辱を加へたるこき

七、夫の直系尊屬より虐待又は重大なる侮辱を受けたるこき

八、夫婦の一方が惡意を以て他の一方を遺棄したるこき

九、夫婦の一方が三年以上生死不明なるこき

民律草案は、前記の如き裁判上の離婚以外に、更に當事者の協議に因る離婚をも亦認めて居る。(第千三百五十九條)のみならず、其の方法は極めて簡單であつて、婚姻の時こ同樣に、兩當事者の自由なる合意に依る離婚屆を、戶籍吏に提出するを以て足るのである。(第千三百六十一條)

民律草案の離婚法に於て、妻の地位が、如何に改變されて居るかは、叙上に依つて略々明瞭であるが、併しながら、茲に特に注意すべき一事は、民律草案の上記の如き規定にも拘はらず、又其の規定が、所謂條理の根據こして

法律上幾分の拘束力を賦與せられて居るにも拘はらず、支那の現狀を以てしては、妻の權利が、完全に行使されることの甚だしく困難なる事情に在ること、是である。蓋し、現時に於ける支那の實際に於ては、依然として、夫權の極めて强大なる權威が振はれて居り、此の點に於て、妻の離婚請求權を脅かすことの甚だ大なるものがあると同時に、又一方、女子は、所謂協議離婚を强制せられるの恐れが充分にあり、從つて、形式上の協議離婚は、多くの場合、事實上の强制離婚たることを免れないからである。

が、併しながら、問題は、此の點に在るのではない。寧ろ吾人の最も注意すべき要點は、民律草案の離婚法を通じて、支那に於ける女性の地位が、如何に過去のそれと變つたかを明かにすることであり、同時に、女性の地位の向上なる事實を通じて、支那に於ける家族制度が、如何なる方向に、推移せんとしつゝあるかを、明瞭に看取することでなければならぬ。

卽ち、民律草案の離婚法が、かくも著しき程度に於て、近代的個人主義的原則を取入れたのは、いふまでもなく、新時代の要求に順應したものであり、而かも、かゝる離婚法は、必然的に、大家族制度の崩壞を促進するものであるから、從つてそれは、支那に於ける婚姻若しくは家族制度の現狀如何に關せず、尠くとも、其の將來の運命を豫示する明かな表徵であると謂はねばならないのである。

# 第六章　養子制度

## 第一節　總　說

支那に於ける養子制度の意義、並びに沿革に關しては、民律草案理由書が、最も簡明直截な說明を與へて居る。（同書第四編親屬第四章親子第四節嗣子序文）

『立嗣制度（養子制度）の起原は、最も古く、我中國は勿論、歐洲に在りても羅馬時代に於て既に盛んに行はれたり。近世に至りては、英、米、和蘭を除く外、佛、伊、白、獨、日本等此の制度を採らざるなし。惟だ歐洲の立嗣制度の精神は、我國こ稍々異れり。其の趣旨は、偏へに孤獨を慰藉し、貧困を救護し、遺子を扶助し、軍人を奬勵するに在り。而して宗祀（祖先祭祀）を繼續せしむる點は、之を重んぜず。我國の『禮經』には、卽ち『爲人後』の文あり。古は宗法を重んじ、大宗は一族の首腦にして、大宗後無ければ、族人應に支子を以て大宗を繼がしむ。故に大宗は後を立つるを得れども、小宗は卽ち立てず、更に支庶に至りては論ずるまでもなし。子夏傳へて曰く、人の後こ爲るは何れの後こ爲るものなりや。大宗の後たるものなり。又曰く大宗は一族を統ぶるものにして之を絕つべからず。何休曰く、小宗後無ければ當に絕つべし。孔子曰く、凡そ殤こ後無き者こは宗子の家に祭る。由是觀之、昔時中國の立嗣制度は、誠に宗法制度祭祀制度こ密切なる關係あり、分離すべからざるも

のにして、斷じて歐洲の制度を以て、比擬する能はざるものなり。

三代以後、封建は廢り、世祿は絶たれ、大宗無く、小宗無く、老年に子を失ひたる者は孤獨にして零丁依倚する所無きに甘んずる能はず、死後遺產ある者は、更に其の財貨房屋の歸屬する所無きに放任し能はざるが故に、其の嗣を立つる精神は、盡く古に合致することを得ず。現行律は、子無き者をして、同宗の中、姪（兄弟の子）の列に相當する者を以て、承繼せしむることを許し、若し嗣を立てたる後、實子を生みたる時は、其の家產は、之を均分す。子無き者と曰ふは、則ち凡て子無き者は、皆是大宗、小宗及び嫡庶の區別無きなり。又家產を均分すと曰ふは、則ち承嗣の外に於て、尙家產の處理に重きを置きたるものなり。』（引用者圏點並註）

右に言ふが如く、養子制度なるものは、其の起原極めて古く、支那の古代法に於てはもとより、印度、埃及、希臘、日耳曼等の古代法にも、亦養子に關する規定を存した。尙近世に至つても、各國の法律は概ね養子制度を規定し、其の間に於て例外をなすものは、僅かに英法及び和蘭法等に過ぎぬ。

かく養子制度は、東西古今を通じて、普く行はれたところであるが、併しながら、養子制度の目的並びに條件等に至つては、時代と民族とによつて、固より同一ではない。一般に、極めて古い時代に在つては、祖先崇拜の思想に基づき、祖先の祭祀を繼承せんが爲に、相續人を得るといふことが、養子制度の目的であつたのであるが、稍々降つては、家長權若しくは財產權相續の爲に、嗣子を得ることが、其の主たる目的とせらるるに至つた。日本に於ける現行の養子制度の如きは、即ち是である。更に又、現在佛國等に於て行はれつゝある養子制度の目的は、以上と

全く趣を異にし、所謂慈善に在りと謂はれて居る。即ち保護者なき子を保護救濟するは慈善であり、同時に、子なき者に子を與へて慰藉するは慈善であるからである。

翻つて、支那に於ける養子制度を觀るに、其の目的が、終始一貫して、祖先祭祀の繼承に在るといふことは、前掲民律草案理由書の說くところの如くである。即ち支那に在つては、養子制度の目的が、專ら祖祭繼承といふ點に在ること、今も往昔と、毫も變りがない。併しながら、前記引用文の明瞭に指摘するが如く、支那の現行養子制度は、其の古代的形式を、そのまゝに、今日まで維持し來つたものではない。寧ろ、之を變改せしめた點が、頗る多いのである。此の事は、取りも直さず、支那に於ける養子制度の精神に動搖を來したことを意味するものであつて、其の目的が、祖先祭祀の繼承から、漸次に、財產の相續に推移する傾向を示して居る。

それにも拘はらず、支那に於ける養子制度は、其の家族制度に缺ぐべからざる制度として、現在でも、其の家族生活上極めて重大なる役割を演じて居るものであつて、法律上に於ても、歐洲の何れの國にも、其の比を見ざる程詳細且つ嚴格なる規定を設けて居る。而かも、是等の法律的規定は、悉く古來の傳統に基づいて、養子制度の祭祀的意義を、飽迄も肯定し、且つ之を强制して居るのである。

即ち、歐洲諸國の養子制度に於ては、其の目的が、主として養親の慰藉といふことに繫つて居るのであるから、養親子に對する年齡の制限を嚴重にし、養親は、一定の老齡に達したこと、子を有しないこと及び養親子間に、著しい年齡上の差異があること等を必要とせられるのに反し、支那に於ける養子制度に在つては、其の目的が、主と

して、祖先祭祀の繼承に在る關係上、養親たるべき者に對しては、必ず、男子たるべきこと、及び男子を有せざることが要求せられ、養子たるべき者に對しては、必ず、同姓者即ち血統の子孫たるべきこと、男子たるべきこと、並びに養親に對して卑輩の列にあるべき者なること、及び生家に兄弟を有する者たるべきこと等が要求せられ、かくの如き祖先祭祀上の要件を具備する限り、年齢の如何の如きは、必ずしも問ふところではない。

のみならず、一般の慣習、道德も亦、尙、依然として、養子制度に於ける祭祀的意義を、飽迄も尊重し、最も重大なる社會的規範として、之を强制して居る。

かくして、支那に於ける古代的養子制度は、法律的並びに社會的强制の下に、今尙確乎として、其の大家族制度の上に支持せられて居り、縱令むば、沿革的には、多少の變遷消長があつたとは言へ、而かも、尙西歐に於ける養子制度とは、全く其の意義と面目とを異にして居るのである。

思ふに、歐米諸國に於けるが如く、所謂大家族制度の全く崩壞した社會に於ては、養子制度は、其の存在の必要或は意義を失ひ、法律は、或は之を認めず、或は其の條件並びに効果に大なる制限を加へ、實際上に於ても、甚だ多くは、行はれないのを普通とする。然るに、支那に於ては、大家族制度が、今尙社會の基本組織として、最もよく維持せられて居り、而かも、それは、祖先崇拜を、其の心理的根據として成立して居るものであるから、從つて養子制度は、祖先祭祀を繼續し、大家族制度を維持する爲に、是非とも必要なる手段として、今日に於ても、依然として、其の大家族制度に缺くべからざるものとなつて居るのである。

## 第二節　養子制度の意義及び其の沿革

### 第一項　養子制度の存在理由

祖先の祭祀を繼承して、之を永久に保存せんとすることが、支那に於ける家族存立の最も重要なる目的であること、並びに、かくの如き家族が、家系の連續を主たる特質とすること等は、既に述べた如くであるが、此の樣に、家系の連續を主とする家族に在つて、必要にして缺くべからざるものは、『家』を繼承すべき繼嗣でなければならない。それ故に、若しも、かゝる繼嗣を、家族團體の内部に於て求むることが出來なかつた場合には、已むを得ず、之を外部から求め、之によつて家系の斷絶を防止し、依つて以て、祖先の祭祀を永續せしむる樣な方法を講じなければならぬ。是、支那に於ける養子制度の存在理由である。

卽ち、支那に於ける養子制度なるものは、家族内部に於ける血統的連續は斷絶しても、祖先の祭祀を繼承すべき繼嗣を、外部から得ることに依つて、家族團體自體の存在を連續せしむると同時に、是に依つて、家祀を永續せしめることいふことを、其の目的とするものである。それ故に、支那の養子制度は、『家』に男子なき場合に於て、祖先祭祀を繼續せしむるが爲に行はれる例外的方法であつて、畢竟、祖先絶滅なる最も懼るべき不幸を避けんが爲にする最後の手段たるに外ならないものである。

蓋し、祖先崇拜を社會道德の根本規範とする支那の社會に於ては、祖先祭祀を繼承すべき男子を遺さずして死す

るは、不孝の最大なるものと認めらるゝが故に、男子なき場合、已むを得ず、養子の方法に依り、他より男子を收養し、之に宗祧（祖先の祭祀）を承繼せしめ、家祀の永續を計ることが、是非とも必要にして缺くべからざることなるからである。若しも、かくの如き祖先祭祀の永續といふことを除いて考へるならば、支那に於ける養子制度は、全く無意義である。

而して、此の樣な支那の養子制度は、其の淵源を、遠く周代にまで遡ることを得るのであるが、併しながら、現在支那の社會に實際行はれつゝある養子制度は、必ずしも嚴格に、所謂周の宗法に基づいて居るものではない。

### 第二項　養子制度の變遷

周の宗法に據れば、宗（宗とは男系の家族群、卽ち家族が男系の血緣に沿ふて社會的に結合したものであつて、當時に於ける封建社會組織の單位たりしもの）には、大宗と小宗とがあり、大宗は、所謂『百世不遷』の宗であつて、永久的存在とせられ、小宗は、所謂『五世則遷』の宗であつて、四世を限度として終止する。それ故に、宗統は、大宗を以て傳へ、小宗を以て傳へない。換言すれば、宗統は、大宗卽ち家祖の嫡長子孫の『家』に於ては、永久の存續を要求せられるけれども、小宗卽ち嫡長子孫ならざる衆子の『家』に於ては、四世にして斷絕する。

是、卽ち宗法に所謂『小宗可絕、大宗不可絕』とある所以であるが、此の事は、取りも直さず、養子制度の必要にして缺くべからざる理由を示して居るものである。何となれば、大宗卽ち家祖の嫡長子孫の『家』に後繼者たる嫡男子なき場合、宗統を繼承すべき男子を、小宗卽ち同族の衆子の『家』から、養子の形式によつて、之を得ること

いふことが、宗統繼續の最後の手段として、是非とも必要とせられるからである。

かくして支那に於ける養子制度は、宗族制度に必然的に附隨する制度として、周代に完成し、大宗に男子なき場合には、小宗の子弟入つて之を嗣ぐといふ原則を確立したものであるが、其の後周代封建組織の崩壞過程に隨伴して、宗法の觀念が廢れ、從つて、養子制度の原始的形式は、殆んど全く喪失に歸したのである。

蓋し、宗法觀念の頽廢に伴ふ宗族制度の崩壞によつて、大宗小宗の區別が失はれたことは、養子を大宗のみに限定することを、事實上不可能ならしめた許りでなく、『宗』よりも『家』を重んずる傾向が發生したことは、養子制度を、宗族制度よりも、寧ろ家族制度に、より密接なる制度たらしむるに至つたからである。

而して、かくの如き結果は、如何なる事實に示されたかと言へば、養子は、必ずしも、大宗のみの特權ではなくなり、すべての『家』が、之を收養し得る樣になつたと同時に、それは又、宗祧を繼承せんが爲にのみ收養せらるるに非ず、却つて、家產を承繼せしめんが爲に、之を養取する風習を、漸次に馴致するに至つた。

此の樣にして、支那の養子制度は、中古以來、宗法の廢弛に伴ふて、著しく其の本來の精神に動搖を來たし、從つて、其の古代的形式を變改せしめた點が頗る多いのであるが、かゝる傾向を最も明瞭に實證して居るものは、所謂異姓不養の原則が、漸次に、頽廢し來つたことである。

## 第三節　異姓不養制

支那の養子制度に於ては、古來所謂異姓不養なる原則が行はれた。異姓不養とは、異姓卽ち異宗の者を養子として收養し、宗祧を承繼せしむることを得ないといふ規範である。是支那に於ける養子制度の目的が、祖先祭祀の繼承といふことに在る本質上、當然の要求に外ならないものであつて、春秋左氏傳に所謂『神不歆非類、民不祀非族』なる祖先祭祀の根本觀念に基づき、周の宗法によつて、始めて具體的に規定せられた社會的規範である。

蓋し、支那に於ける祖先崇拜なるものは、父祖に對する畏敬の觀念に胚胎し、畢竟孝道の延長若しくは發展に外ならず、從つて、祖先を祭る者は、血統の子孫であつて、其の祭を受くる者は、血統の祖先でなければならないのは、當然であるが爲である。論語に所謂『非其鬼而祭之、諂也』とあるは、卽ち祭祀を行ふ者が、必ず祭神の血族たることを要することを謂ひたるものであつて、更に丘濬が大學衍義補に、『上自天子下至庶人、皆有所當祭之鬼、夫人之於鬼、其所以當祭者、以其精誠神氣之相屬也、苟不相屬、則人自人、鬼自鬼、豈有感通之理』と謂へるは、卽ち血統の關係なき者は、精神の感通すべきものなきを以て、祭を爲すを得ざることを說明したものである。

それ故に、祭祀繼承者は、必ず家族內に於ける血族の男子たることを要し、萬一家族內にそれがない場合には、養子をすることが許されるが、而かも、其の養子も亦、宗族中の男子たることを必要とする。蓋し、宗族は、家族が、血緣に沿ふて社會的に結合したものであつて、一種の親族團體に外ならないものであるから、其の成員は、相互の間に、多少の程度に於て、血緣關係を有するものだからである。

而して、支那の養子制度に關するかゝる異姓不養の原則は、古來單に其の社會的慣習によつて强制せられた許り

でなく、亦法律の明文を以て規定せられたものである。蓋し、かくの如きは、祖先崇拝を以て、社會結合の基礎とする支那の社會に於ける最も重大なる法律的規範たるを失はないものであつて、法律の强制を以て、是を擁護する必要があつたからである。

即ち、現存せる最古の法典たる唐律に據れば、其の戸令に、

『子無き者は、同宗にして、昭穆に於て相當する者を養ふことを許す。』

とあり、又戸婚律には、

『異姓の男を養ふ者は、徒一年、與ふる者は、杖五十。』

とあつて、異姓の養子を禁止して居る。蓋し異姓は、取りも直さず、異宗であると認められるからである。

元朝に於ても、異姓の子を乞養することを禁じ、（元典章十七）明淸律は、多少其の禁止を寛大にして居るが、尚立て、嗣子と爲すは、同姓に限るものとし、

『其の異姓の養子を乞養し、以て宗族を亂す者は、杖六十、若し子を以て異姓の人に與へて、嗣と爲す者は罪同じ、其の子は本宗に歸へす。』（戸律戸役立嗣子違法）

と規定して居る。

但し、前記唐律の規定が、養子の範圍を、專ら同宗にのみ限定したのに反して、明淸律に於ては、其の範圍を、廣く同姓にまで擴大したのは、特に注目に値する點である。

支那の養子制度に在つては、其の目的より生ずる當然の條件として、所謂異姓不養の原則が、社會的並びに法律的强制の下に行はれたことは、上述によつて略々明瞭であると考へられるのであるが、併しながら、支那の養子制度に於けるかゝる法則は、時代により、又階級により、其の遵守せられる程度は、必ずしも、一樣ではなかつたのである。

即ち、異姓養子に對する禁令は、最初唯支配階級の間にのみ行はれて、庶民の間には、決して、嚴格には、行はれなかつたのであるが、終には、支配階級の間にも、往々にして、異姓養子の風が行はれる樣になり、五代を經て宋の時代に至つては、最早、それが、一般普通の習俗となるに至つたことは、朱子が『異姓を立てて後と爲す、此れ固より今人の失なるも、今亦た以て追正し難し』（朱子全集卷五十六）と謂つて居るのに徵しても、極めて明瞭である。

元の時代に在つても、『南方の士民にして、子無き者、多くは、他姓の者を養ふて義男となす』（元典章）ことが流行した。併しながら、此の當時に於ては、異姓不養の風習は、單に南方支那に於て、然りしのみならず、恐らくは、支那社會の全體に亘つて、最早嚴格には勵行されなかつたものと考へられる。蓋し、支那に於て、宗法の觀念が最も濃厚であつて、宗族制度の著しき發達を遂げたのは、寧ろ、南支那に於てゞあるが、而かも此の地方に於てすら、異姓養子の風習が、最も普通に行はれたといふ事實よりして、既に其の當時に於ては、支那社會全體に亘つて、異姓不養の原則が、最早嚴格には勵行されなかつたであらうことは、容易に推定し得られるからである。其の

他、是を史實に徵するに、明の太宗は、其の初めて起るの時、好んで異姓兒を畜養し、之を稱して某舍と爲したるの例あり更に民間には、一方に於て、貧困多子の累に苦んで子女を遺棄するの風が起り、他方に於ては、富者子に乏しきを憂ひて、他姓の子女を乞養するの俗を生じ、終に、史家の所謂『異姓亂宗』の弊を釀成せしむるに至つた。

かくの如く支那に於ける養子制度は、祖先祭祀の必要上、異姓不養を必然不可避の原則とすべきであるにも拘はらず、而かも、此の樣な原則は、法制上最も嚴重に强制せられたにも拘はらず、それが嚴格に遵守せられる程度は、年代を經るに從つて、漸次に減少して來た。卽ち支那に於ける異姓不養の原則は、古代より最近淸朝の末、若しくは現在に至るまで、歷代の法制として、嚴重に規定されては居たが、前述の如く、宋代に於て、旣に朱子が、異姓養子の廢すべからざるを嘆じて、『今亦た以て追正し難し』と謂つて居るのに徵せば、異姓養子の禁令は、宋代以前旣に久しく空文に歸して居たものであることが分るのである。

今、かくの如き事情を馴致するに至つた社會的原因を追求するに、之を、次の如き二の方面に見出すことが出來る。一は宗法觀念の頹廢であり、他は家族制度の發達である。

所謂宗法觀念が頹廢することによつて、養子制度に於ける異姓不養の制限が、漸次に弛緩し來ることはいふまでもない。蓋し、異姓不養を原則とする養子制度は、曩にも述べた樣に、古代宗法の精神に基づくものであり、宗祧を繼承すべきものは、必ず血統の子孫卽ち同宗でなければならないとする祖先祭祀の本質よりする必然的要求の發現であるに外ならないが故に、宗法觀念そのもの﹅頹廢は、直ちに、異姓不養の原則を弛緩せしむる結果を、招徠

せざるを得ないからである。

云ふまでもなく、宗法觀念の頽廢は、同時に、宗族制度の崩壞を意味するものであるが、周末以後に於ける宗族制度の漸次的崩壞過程は、疑ふべくもなき歷史的事實である。

卽ち、周代の社會組織に於て、最も重要なる基本的制度たるの地位を占めて居た宗族制度は、年代を經過するに從つて、次第に崩壞の過程を辿ると同時に、家族制度が是にとつて代り、宗族制度の社會的重要性は、漸く、家族制度の上に、推移するの傾向を示して來た。之を一言に要約すれば、支那に於ては、尠くとも、周代以後、現在に至る迄の社會史的變遷に關する限り、歷史の階段を降るに從つて、宗族の重要さは減じ、之に反比例して、家族の重要さが增して居るのである。

然るに、家族制度の宗族制度に對する優位は、取りも直さず、財產相續の祭祀相續に對する優越を意味する。何となれば、家族制度が著しく發達して、家族が最も重要なる社會的單位として、あらゆる廣汎なる機能を營む樣になると、其の家族を維持存續せしむべき物質的基礎としての財產の相續が、主として抽象的意味をしか有するに過ぎない祖先祭祀の相續といふことよりも、遙かに重要視されるに至るのは必然だからである。玆に於て、支那に於ける相續制度は、夙に所謂祭祀相續から財產相續に進化した。是等の事情に關しては、第七章相續制度の項に詳述する所であるが、支那の養子制度は、かくの如き相續制度の進化に順應して、勢ひ變革せられざるを得なかつたのである。卽ち祭祀相續を唯一の目的とする養子制度から、財產相續を其の主たる目的とする養子制度へ推移するに

至つたのである。

然るに、財產相續を、其の主たる目的とする養子制度に在つては、家族制度そのものが、未だ祭祀的意義を失はざる限り、祭祀繼承は、もとより養子の重要なる目的の一ではあるが、併しながら、財產相續の適材を得ることが、其の最も重要なる目的である以上、養子收養の範圍を、强ち同姓卽ち同一祖先の後裔に限定するの必要は、著しく減少されて來なければならぬ。換言すれば、かゝる養子制度に於ては、祖先祭祀の繼承を傳統的なる社會的規範として、依然として重要視することに渝りはないにも拘はらず、財產相續の適材を得る爲には、養子選擇の範圍を、廣く同宗若しくは同姓以外に擴大する必要に迫られて來るのは當然である。

かくして、支那に於ける異姓不養の原則は、最初の嚴格なる法制的命令たる實質を失つて、事實上、單なる禮敎的勸告たるに過ぎないものとなり、其の强制力が著しく薄弱なものとなつたのである。

上述の如き事情よりして、支那に於ける養子制度は、夙に唐宋時代以後著しく其の古代的基礎に動搖を來して、曩に述べた樣に、法制上では、最も嚴格に異姓不養の原則を强制しつゝあつたにも拘はらず、實際上には、異姓養子の風習が、可成り盛んに行はれて居た社會的傾向があつた許りでなく、之に順應して、法制上の規定も亦、後代に至るに從つて、漸次緩和されて來た事實があるのである。

此の樣に、支那の養子制度に於ける異姓不養の原則が、夙に嚴格には行はれなくなつたことは、毫も否定すべからざる事實ではあるけれども、併しながら、支那の如く最も傳統を重んずる保守的慣習的社會に於て、周代以來三

千年餘を通じて、所謂禮教的規範として、法制上並びに慣習上、强制され來つた事物に就いて、しかく根本的な變革が、容易に起り得べき筈はない。卽ち現在に於ても、支那の養子制度に在つては、禮教的訓示としての異姓不養の原則が、未だ未だ社會的規範としての相當の强制力を失はず、多少の例外を伴ひつゝも、大體に於ては、今尙依然として、傳統的慣習によつて保障せられつゝあるの實狀に在る。是、卽ち支那に於ける家族制度の祭祀的意義が今も尙、一般社會意識によつて、飽迄も肯定されて居るが爲である。のみならず、現在に於ても、法律が、依然として、同姓以外の養子を收養して嗣子と爲し、祖先の祭祀を承繼せしむることを禁止して居ること、毫も古制と渝るところはないのである。

## 第四節　養子に關する法規

支那の養子制度に關する現行法は、いふまでもなく、前淸現行律である。蓋し、旣に屢々指摘した樣に、民法典の未だ發布なき支那の現在に於ては、前淸現行律中の民事に關する部分は、民國々體に牴觸せざる限り、當分の間其の援用を許可されることになつて居るからである。併しながら、所謂前淸現行律なるものは、飽迄も舊時代の法律であつて、現今に於ける複雜なる百般の民事を規律する上に、不足の點が甚だ多いのは、もとより言を俟たない此の不便を緩和する爲に、所謂慣習法があるのであるが、是に關して、大理院の採る見解は、『法律に明文なきものは慣習法に依り、慣習法なきものは條理に依る』べきものとして居る。然るに、裁判官が、裁判上に採用する條理

の根據となるものは、主として民律草案であるから、支那に於ける現行養子法を説明する爲には、是非とも民律草案にも、言及しなければならないのである。

### 第一項　現行律の養子法

大淸律例の規定に據れば、二十歳以上の男子にして、實男子孫（姦生子を除く）なき者は、次の如き資格を具備する者を過繼子（養子）として、宗祧を承繼せしむることが出來る。（『臺灣私法』四六二頁以下參照）

一、男子たること

是宗祧承繼の性質上當然の條件であつて、祖先祭祀に與ることを得ない女子は、如何なる場合にも宗祧の繼承者卽ち過繼子とは成り得ないのである。

二、獨子たらざること

獨子卽ち一人子が、他に出繼する時は、其の生家の宗祧は、爲に廢絶して了ふから、之を許さないのが原則であるが、只例外の場合として、獨子は、雙祧を兼承することが許される。

雙祧兼承とは、一人にして二家（若しくは二家以上）の宗祧を承繼するの謂であつて、例へば、兄に子なく、弟に子が一人ある場合、此の獨子をして兄弟兩祧を兼承せしむるが如きである。而して、此の場合には、通例、後日此の兼祧者の嫡長子をして兄家の宗祧を承繼せしめ、次子をして弟家の宗祧を承繼せしめる。

兼祧の條件として律例の要求するところは、過繼子が、必ず同父周親たるべきことであつて、卽ち過繼子の父と

被承繼人こが親兄弟たるを必要こし、其の他の同宗又は同姓の過繼子は、兩房を兼祧することを得ない。（現行律戶役門立嫡子違法條例）

三、養父こ同姓なること

所謂異姓不養の原則であつて、過繼子は、先づ之を同宗より取り、同宗に適當なる應繼者がない場合に、始めて之を同姓より取るべきものこする。蓋し、同姓者は、其の遠い過去に於て、同宗關係の存在が推定せられるからである。

異姓の者を嗣子こ爲すことは、絕對に禁止せられ、若し之を犯す時は、養父生父共に之を罰し（杖六十）、且つ其の子は實家に復籍せしめられる。（歸宗）（立嫡子違法條律）

四、養父こ昭穆序を失せざること

現行律立嫡子違法條例に據れば、『子無き者は、同宗昭穆相當の姪（兄弟の子）をして承繼せしむることを許す』こある。

過繼子を爲すには、養親この間に、最も昭穆の序を重んじ、之に違ふものを無効こするのである。蓋し、卑屬は尊屬を祀るを得るけれども、尊屬は卑屬を祀るを得ないこする祖先祭祀上の要求に根據するものであつて、過繼子は、必ず養父の子輩に相當する者、即ち諸姪（姪、從姪、再從姪等）たることを要し、養父の同輩、即ち諸兄弟、又は尊輩即ち諸伯叔父は、如何に年少者なるも、之を以て嗣こすることが出來ない。若し、子輩に相當する應繼者

がない場合には、孫輩の者、卽ち諸姪孫を取ることを得るが、之を以て直ちに繼子とせず、繼孫とするのである。昭穆を正して、尊長卑幼の別を明かにするといふことは、支那倫理の根本規範であつて、養子が養父に對して、尊輩なる場合は勿論、同輩の場合と雖も、其の養子緣組は無効である。（杖六十に處し、歸宗せしむ。）（立嫡子違法條律）

思ふに、昭穆とは父子の順位を示すものであつて、昭を父とし、穆を子とする。昭穆當を失するは、尊卑の秩を紊り、長幼の序を壞る所以であるから、養子緣組に就いては、昭穆の順序を明かにし、養子は、必ず養父の子輩に相當する者であるべきことを、絕對に必要としたのである。

### 第二項　民律草案の養子法

大淸律例の養子に關する規定は、大體前項に述べた如くであるが、民律草案亦、大體に於て、舊制を其の儘踏襲し、成年既婚の男子にして、男子孫なき者は、左記の如き資格を有する者を以て、嗣子（養子）と爲すことを許して居る。

一、男子たること

是に關して草案理由書の說明するところは、次の如くである。卽ち『我國の嗣子制度は、祭祀承繼を重んず。且又專ら男系を重んじ、女系を用ひず。女子は祭祀を承繼し能はざるを以て嗣子と爲ることを得ず。此の理最も明かなり。』（同書第四編第四章第四節嗣子序文）

二、獨子たらざること

民律草案第千三百九十三條に據れば、『獨子は出でて嗣子と爲ることを得ず、但し兼祧する者は、此の限りに在らず』と規定して居る。而して、其の理由に據れば、『禮に曰く、獨子は大宗の後と爲ることを得ず、と。自己の父の後を絶ち、人の後たることの不可なるは言を俟たざるなり。獨子にして出嗣するは、嗣子よりして之を言へば、人の父母の後無きに忍びずして、自己の父母の後無きに忍ぶは、不孝の大なるものなり。所嗣父母（即ち養父母）よりして之を言へば、人の子を奪ひて以て子と爲し、自己の祭祀を斷絶するに忍びずして、人の祭祀の斷絶するに忍ぶは、不仁の甚だしきものなり。故に是を許さず。』

而して又、同條但書に關して、理由書の說くところは、

『獨子の出嗣を許さざるは、其の生家を棄つべからざるを以てなり。然れども、長房或は他房の後無きことも亦宜しからず。是現行律に兼祧の例あり、禮の窮を濟ひ、人の後を絶たざるを重んずる所以なり。本條も亦之に因る。惟だ現行律は同父周親を以て限りと爲す。夫れ兼祧の事は、近親の者に非ざれば、喜んで承諾することなし故に事實上より之を言へば、同父周親に出づる者多し。然るに法律も亦、是を以て條件と爲し、同父周親以外の者の兼祧を許さざるは、其の制限嚴に過ぐるの嫌ひあり。蓋し兼祧は、もと便宜の手段にして正當の法に非ず。既に便宜の手段たる以上、其の範圍を擴張して子無き者をして立嗣することを容易ならしむるは、最も適當なり故に、本條は、此の制限を採用せず。』

卽ち前項に述べた樣に、現行律に於ては、獨子は、同父周親卽ち其の父が、被承繼人と親兄弟たる場合に限り、此の兩房の兼祧を許して居たのであるが、民律草案は、かゝる制限を撤廢して、獨子兼祧の條件を、極めて寬大ならしめて居るのである。

三、養父と同宗或は親族たること

是に關して草案理由書の說明するところは、

『我國の嗣子制度は、祭祀承繼を重んず。死者の靈は、祭祀を受くとせば、親族よりの祭祀を受く。立嗣の精神は、實に玆に基づく。左傳に曰く、神は非類より歆けず、民は非族を祀らず、と。誠に血の關係なければ、氣は相通ぜず。氣相通ぜざれば祭を營むも、其の効なし。或は迷信なりと雖も、仁人孝子の深く留意するところ、排除すべきに非ず。外國の立法例は此の制度なし。素と全く緣なき人に在りても一度約束して屆出を爲せば、直ちに父子關係を生じ、朝に他人なりしもの、暮には肉親と爲る。議すべきの點なしとせざるなり。故に本節は仍ほ我國の舊制を維持す。而して、本律が、親族或は同宗を以て限りと爲し、同姓異姓を以て限りと爲さざるは、卽ち舊制と異る點なり。』(同書第四編第四章第四節嗣子序文)

而かも、此の點こそは、支那に於ける養子制度の劃期的變革を意味するもので、特に注目に値する點であるが、是に關しては、後に詳述することゝする。

四、養父と輩分當を失せざること

是に關して、理由書の說くところは、

『親族には尊族卑族の區別あり。尊卑の順序を亂すべからず。嗣子は法律の擬制したる子にして、立嗣行爲の効力を發生したる後、父子の名分乃ち玆に定まる。若し輩分不相當なるも亦た其の嗣子と爲ることを得れば、其の弊害たるや極めて大にして、必ず伯叔甥舅の地位を顚倒し、兄弟姉妹は互に後と爲るを得べく、親等變亂し、名分乖違し、而して一切の親族關係は、悉く混淆して底止する所を知らず。故に古今中外皆之を許さざるなり。』

以上によつて是を觀れば、民律草案に規定された養子制度なるものは、大淸律例の規定を、大體に於て、其の儘に踏襲して居ることが明瞭であるが、只其の中第三項卽ち異姓養子に關する法規の相違は、支那に於ける養子制度の本質に關聯して、最も注意を要する事項である。何となれば、支那に於ける養子制度は、其の本質上、純然たる祭祀相續養子の制度であり、而かも祭祀が、既に同姓者卽ち血統の子孫によつて營まるべき筈であるにも拘はらず、法律が、養子制度に於ける異姓不養の原則を撤廢し、異姓者にも、嗣子卽ち宗祧承繼者たり得る資格を認めた時に、それは、事實上、養子制度の最も嚴格なる祭祀的意義、若しくは最も宗法的なる祖先祭祀上の特質を、見限つたものと言はざるを得ないからである。

異姓養子の禁止が、前淸時代迄歷代の法制によつて、例外なく其の條文中に規定されて居たにも拘はらず、それが、漸次に强制力を失つて、所謂異姓亂宗の事實を、遺憾なく暴露しつゝあつた歷史的事實に關しては、既に之を詳述した通りであるが、民律草案に於ては、此の支那法制上の歷史的傳統を破つて、異姓不養の原則を、部分的に

撤廢したのである。

即ち、民律草案第千三百九十一條第二項の規定に據れば、『若し子無き者が同宗兄弟の子を立つるを欲せざるときは、左記各人中より嗣子を選定することを得』るものとし、左の三項を列擧して居る。

一、姉妹の子

二、壻

三、妻の兄弟姉妹の子

右の規定は、取りも直さず、異姓の親族を以て嗣子と爲すことを許すものであつて、支那の養子制度に於ける劃期的變革であると看做さざるを得ない。もとより民律草案の養子法なるものは、『古の意義を折衷し、現今の制度を參酌し、支那に於ける特有の習慣にして、維持の必要あるものは之を保存し』たるものであつて、(草案理由書第四編第四章第四節嗣子序文)養子收養の範圍を、古來の禮教的規範に基づき、嚴格に、親族及び同宗に限定して居るものではあるが、而かも、異姓の外戚より嗣子を選定し得ることを規定したのは、異姓不養の傳統的規範に對する大いなる反逆であると認めざるを得ない。蓋し、草案理由書が指摘して居る樣に、支那に於ける養子制度が、祭祀相續を重んずる以上、所謂『神は非類より歆けず、民は非族を祀らず』といふ宗法の根本的精神よりすれば、養子は嚴密には、養父と同宗の者でなくてはならず、尠くとも、過去に於て同宗たりし者と認められる同姓の者に限られなければならないからである。

然らば、何故に、民律草案は、此の樣に、古來の文化的法律的傳統を破つてまで、かゝる違例の法規を制定する必要に迫られたのであらうか。此の點に關し、理由書の說明するところは、次の如くである。(一三九一條理由)

『異姓の者を嗣子と爲すことは、唐より明まで、例禁に反す。現行律も亦然り。誠に異姓の者を以て祭祀を繼承せしむべからざるなり。卽ち異姓は通常他人にして骨肉の關係なきを以て、之を嗣子と爲すは、誠に宜しからず。然れども異姓にして極めて近き親族なれば、些か異るところあり。其の血統を論ずれば、則ち姻戚關係にして同一の血統に出づ。同宗の人に比較して、或は猶近き親族たり。其の情誼を論ずれば、則ち關係親密にして、幼時より相輯睦す。宗親に比較して、或は猶親密なるなり。宗親同宗なれば、何れも嗣子と爲り得べくして、獨り異姓の親族に限り、絕對に嗣子と爲り得べからざるは、人情に合致せざるが如し。古人の異姓の親族を以て嗣子と爲したるの例は、枚擧に遑あらず。(中略)晩近民間の習慣に於て、二姓を兼稱する者甚だ多し。大抵皆異姓を以て嗣子と爲すなり。士太夫の家にも亦之あり。是人情よりして自然の事に屬し、道理上又當然の次第なり。古を稽へ人情を參酌して、其の條文を明定し、以て引用に資するに如かず。本條は、異姓の親族を以て嗣子と爲すを許し、而して仍ほ其の範圍を嚴定す。其の一は姉妹の子にして、それが母方の伯叔父の嗣子と爲り得るは、兄弟の子が、伯叔父の嗣子と爲り得ると相似たり。其の二は壻にして、其の妻は親生の女子なれば、畢竟他人より近親なるが爲なり。其の三は妻の兄弟及び姉妹の子にして、妻より論じ血統關係あるを以てなり。以上三者の外、濫りに嗣子を立つることを許さず。是れ變通の中に於て仍ほ制限を附する趣旨にして、本條を設けたる所以なり。』

右に據れば、理由書は、民律草案が、古來の傳統を破つて、異姓養子を一定の嚴格なる條件の下に許容した理由を、主として、情誼の問題に結び付け、人情の上から、其の妥當性を主張して居るのであるが、併しながら、此の事は、却つて、同書の所謂『民間の習慣』に順應したるものとして、寧ろ、全然新しい立場から肯定さるべき性質のものであると考へられる。

即ち、曩に詳述した樣に、清朝以前に於ては、法律的には、異姓養子なるものが、絶對に禁止されて居たにも拘はらず、實際上には、此の法制上の規定に反し、所謂異姓亂宗の風習が、夙に盛んに行はれて居た。是蓋し民間に於ける血統觀念の頽廢に起因するものであつて、一度民衆が血統觀念に對する興味の大部分を失つた曉には、法制が如何に之を强制しても、到底其の完全なる維持を期待することは不可能だからである。それ故に、尠くとも、前述の樣な養子法の改正に關しては、法律的規定を實際上の慣習に順應せしめんとする傾向が明瞭であり、從つて、此の改正は、禮教的立場に於てなさるべき非難にも拘はらず、社會的見地に於ては、明かに、新時代の要求に順應した妥當な立法であると謂へるのである。

## 第五節　養子に關する慣習

現在支那に於ける養子制度に關する法律的規定は、大體前節に説明した如くであるが、併しながら、由來支那の社會に於ては、法律の强制力は、遙かに社會的慣習の强大なるに及ばず、法規は屢々慣習の前に、無力なる空文と

なり終る場合が甚だ多い。それ故に、養子制度に於ても、法律の上に規定せられた制度は、必ずしも常に慣習の上に實行せられる制度ではない。養子制度に關して、實際社會に於て、最も重大なる支配力を有するものは、國家の法律に非ずして、寧ろ宗族の慣習である。例へば家に男子なき時、其の家に相當の財産がある場合等には、養子に關して紛爭を惹起し易い。併しながら、是等の繫爭事件は、殆んど全部、宗族の内部に於て解決せられ、審判廳に持出されることなどは殆んどない。何となれば、かゝる宗族内部の紛爭に關して、官廳の干渉を受くるが如きは、宗族の大なる不名譽とせられて居るからである。從つて、養子制度に關しては、國家の制定した法律が存在するにも拘はらず、社會に於て實際に適用せられ、而も最も强い拘束力を有するものは、宗族の慣習であつて、法律の明文を以て規定せられた養子法ではないのである。

一般的慣習としては、家に男子なき場合には、養子が行はれるのが普通であるが、此の場合に行はれる慣習は、各宗族によつて、必ずしも一樣ではない。或る宗族では、同族以外の養子を、絶對に許さないが、他の宗族では、自由に同族以外の養子を許容する。時としては、宗廟に供物を納れるといふ條件附で異姓の養子を許す慣習を持つ宗族もある。これは、養子が生家の祭祀を捨てゝ養家の祭祀に移ることを意味すると同時に、彼及び彼の子孫が、將來此の宗族から、享受するであらう特權に對する代償の意味をも多分に含んで居る。(Village & Town Life in China. P. 14)

上述の如き宗族の慣習の範圍内に於ては、無子の成年男子は、自由に養子を選び得る。同宗又は同姓以外よりの

ある。

異姓の養子は、既に述べた樣に、大淸律例に於ては、絕對に之を禁止し、（宗祧を承繼せざる養子、卽ち養子を除く）民律草案に於ては、僅かに、異姓の親族に限り之を許容して居るが、然るに、現今實際に行はれて居る慣習を觀るに、純然たる異姓養子の實例は、全國を通じて枚擧に遑がない。今『民事習慣大全』（第三編親屬）中より二三の實例を求むるならば、

『湖北省漢陽、五峰兩縣の習慣では、異姓の子を養ふて嗣子とするには、只養父母の意思を以て條件とするのみであつて、親族は干涉することを得ない。麻城、竹谿、興山、鄖縣の四縣では、異姓の子を養ふて嗣子とするには、先づ親族會の同意を經べく、然らざれば、族人は之を承認しない。』（同書八頁）

『陝西省鳳翔縣の習慣では、五十歲以下四十歲以上にして子なき者は、嗣子を立てなければならない。それには同宗中から選ぶものもあるが、又外戚から迎へて改姓せしむるものもあり、更に、他人の寡婦が孕んで居る場合に、出生後嗣子と爲すことを豫約し、女が生まれゝば、壻養子を爲して自己の姓を名乘らせるものさへある。蓋し民間の無智なるものは、只賢を擇び、愛を擇ぶことのみを知つて、血統の如何の如きは、措いて顧みないから

である。』(同書十一頁)

『安徽省廣德縣では、長髮賊の亂後、人口消耗して子なき者が、同宗中より嗣子を選ぶことが出來ない爲に、多くは異姓の子を以て嗣子とした。此の習慣が久しく行はれて、同族内に適當の者がある場合でも、族人の承認さへ得れば、異姓の子を以て嗣子とすることが許される。』(同書十三頁)

以上は、異姓養子に關する慣習に就いて述べたところであるが、次に獨子出繼に就いても、亦法律上の規定と實際上の慣習は、必ずしも、一致して居ない。

大淸律例が、獨子の出繼を禁じたことは、既述した如くであるが、にも拘はらず、前淸時代に於ても、家計の貧困なるものが、其の獨子を養子に出すことは、極めて普通の慣習であつたらしい。(『臺灣私法』四七〇頁)

蓋し、貧窮者が獨子を賣斷して、他家の養子とすることは、全く經濟上の理由によるものであつて、無產階級の間に、かゝる習慣が最も普遍的に行はれたであらうことは、容易に推察し得るところである。

現在でも、民律草案は、『獨子は出でて嗣子と爲ることを得ず』(第千三百九十三條)と規定し、大理院の判例も亦、獨子出繼の慣習を無効として居るが、(大理院判例八年上字二三四號)然るに、民間の習慣では、『貧困なる親は、獨子と雖も、其の子を他人の嗣子と爲し得る。』(民事習慣大全第三編七頁)

其の他、支那の養子制度に於ては、法律の規定に反する慣習が、實際に行はれつゝある事例は、極めて多い。

例へば、子なき者が、異姓の子を入れて嗣子とする慣習は、既に述べたところであるが、實子あるにも拘はらず

異姓の子を迎へて嗣子とする慣習や、二人以上の嗣子を迎へることを許す慣習すら、隨處に之を發見することを得る。（前掲書九頁）蓋し、家族觀念の濃厚な地方では、各宗族は、其の人口の大なることによつて、其の鄕里に勢力を振ふことが出來ると同時に、宗族內の各家族に就いて言へば、大きい家族は小さい家族よりも、其の族內の勢力者たり得るが故に、子なき者は勿論、子のある者でも數人の嗣子を養取することによつて、自家勢力の擴張を計ることが出來るからである。（同書十三頁）

次に、宗法の傳統的精神を固守する傾向ある宗族に在つては、義子若しくは異姓の養子を嗣子に直して、宗祧及び家產を承繼せしめるといふ變通的な慣習が行はれる。（前掲書十一頁並十五頁）卽ち、初めから異宗又は異姓の養子を嗣子として迎へることは、宗族內部の反對を受け易いから、先づ宗祧を承繼せざる養子卽ち義子として異宗又は異姓の子を抱養し、何時の間にか之を嗣子に直して宗祧及び家產を承繼せしめる方法である。蓋し義子は義親との長年月に亘る情誼の結合によつて、其の兩者の關係は、實親子と殆んど變りがないものとなるから、元來が異宗又は異姓の子であるにも拘はらず、之を嗣子としても、族人の反對を受ける可能性が尠いからであらう。

更に又、民間の慣習が、最も甚だしく法律の規定と背馳して居る事例は、女子をすら嗣子として宗祧を承繼せしむる習慣があることである。卽ち『民事習慣大全』の示すところに據れば、或る地方では、子女なく、且つ宗族內に昭穆相當の男子なきものは、宗族內の昭穆相當の女子を嗣子とする習慣が行はれ、又他の地方では、子女及び同宗昭穆相當の男子なきものは、女子を嗣子として、之に壻を配する習慣が行はれて居る。（同書第三編二十四頁）尙、

此の習慣と關聯したものであるが、法律の規定では、嗣子を立て得るものは、男子に限られて居るにも拘はらず、妻妾の嗣を立つることを許す習慣を持つて居る地方が、尠からずあるのである。（同前九頁）思ふに、宗法の精神よりすれば、女子は絶對に祖先祭祀に關與する資格のないものであるから、從つて、自ら宗祧を承繼する嗣子と爲ることも出來なければ、自らの爲に嗣子を立てることも出來ない筈である。それ故に、法律は、養父及び養子に對しては、必ず男子たるべきを最も嚴格に要求して居るのであるが、民間の慣習中には、上述の如く、此の規定と最も甚だしく背馳して居るものがある。

以上支那に於ける養子に關する慣習に就いて、それが、法律上の規定と背馳して居る事例が、如何に多いかといふ事實を指摘したのであるが、然らば、此の事實は、果して何を意味するかと謂へば、言ふまでもなく、民間に於ける血統維持の觀念及び慣習が、法律の强制あるにも拘はらず、著しく頽廢して居ることを示す。既に之を指摘した樣に、かゝる血統維持の觀念及び慣習の頽廢は、祖先祭祀若しくは宗祧なるものが、宋代以來、社會組織の變革に伴ふて、其の實質的意義を失ひ、單なる禮教的規範としてのみ、僅かに其の形式的存在を保つて居るに過ぎなくなつたことに、其の主要原因を有つ。而かも、それは、其の事の當然の結果として、古傳說に基づく家族制度の形式及び內容に、根本的な變化を與へずには措かないものである。血統の維持存續を基礎として成立する支那大家族制度の破綻が、養子に關する民間の慣習の中に最も明瞭に看取されるといふのは、畢竟此の理由に依るものであるに外ならない。

# 第七章　相續制度

## 第一節　總説

支那に於ける相續制度の沿革に就いて、民律草案理由書の説明するところは、次の如くである。（同書第五編繼承序文）

『謹んで按ずるに、中國は古、繼承（相續）の律なし。故に其の範圍は確定せず。然り而して、三以代來、宗法盛んに行はれ、其の恃むに幹國、承家、敬宗、收族を以てする者は、卽ち宗子たり。是宗祧繼承の法なり。中古以降、宗法廢弛し、而して官員の襲廕、喪服の承重の如き、猶ほ嚴を嫡長に致す。是、身分繼承の法なり。凡そ禮制立敎の國を以て甚だ重きを家產に注がず、故に我國數千年來父祖の遺業を分析する事に於て、一に諸を習慣に委ね、苟しくも兄弟產を讓る者あらば、歷史著して以て美談と爲す。輓近風俗衰薄、始めて嫡庶子男家財田產を分析するあり、妻妾の生ずる所を問はず、以數均分の例に止む。是、其の法たる未だ詳を盡さずと雖も、要は亦漸く遺產繼承の時代に趨く、蓋し知るべきのみ。』

卽ち、之によつて觀れば、支那の相續制度に於ては、宗祧繼承若しくは身分繼承の法夙に廢れ、現在に在つては既に遺產繼承の時代に入つて居るといふことが明瞭である。

思ふに、支那に於ける相續制度は、祭祀相續と財產相續との二大分野に、之を區別することを得る。而して支那に於ける相續制度の沿革を按ずるに、財產相續制度は、祭祀相續の制度廢れ、財產權の觀念の完全に發達した以後に於て、發生したものであつて、相續制度の發生した當初に於ては、祖先の祭祀者たる資格が、相續の唯一の物體であり、祭祀相續たる所謂宗祧承繼が、唯一の相續制度であつた。卽ち、此の制度の下に在つては、一定の身分を有する者が、父祖の祭祀を相續して、祖先祭祀を中心として成立する家族の統御者となり、而かも、此の樣な家族の統御者卽ち家長たる身分を取得した者は、家族內に於ける唯一の財產所有者となるの制であつたから、祭祀相續若しくは身分相續のみありて、財產相續なるものを生ずるの餘地がなかつた。

然るに、其の後、祭祀相續の慣習は漸次に廢れ、家產を相續の物體とする財產相續を發生せしめ、中古以來、宗祧相續と財產相續とが相並んで行はれる樣になり、終には、今日の如く、宗祧相續なるものは殆んど全く滅亡し去つて、ひとり財產相續のみ行はるゝに至つたのである。

元來、支那に於ける相續制度は、儼然たる社會の制度としては、周代に於て確立されたものであるが、周代の相續制度が、祭祀相續法であると同時に、長子相續法であつたことは、周末の諸文獻に徵して、疑ふべからざる事實である。而して、周代の長子相續法に於ては、長子は、家祀を承繼すると共に、一家統率の職務をも承繼する資格と權利とを有し、長子を直ちに、家督又は家長と謂ひ、而かもかくの如き地位に在る者は、政權によつて、其の家に附隨する政治的又は社會的特權の世襲的繼承を保障せられて居た。

所謂長子相續制度が、普通封建制度に隨伴するものであることは、世界各國の歷史が、概ね之を立證するところであるが、支那に於ても、其の封建時代たる周代に、始めて長子相續法が、制定せられたのである。是、所謂周の宗法なるものであつて、之により、嫡長子は、家祀を繼承し、一家の統率者たる權能を與へられたと同時に、其の血統に附隨して、政治的社會的關係に於ける世襲的身分を保障せられた。

而して、此の樣な相續法は、封建制度が、周と共に滅亡した後も、秦より五代に至るまで、約一千年間に亘る所謂貴族政治の時代を通じて、支那に於ける家族制度の基礎となつて居たものである。

然るに、宋代に至つて、此の相續法は、一度根本的な大變革の時期を經過した。蓋し、唐末五代の戰亂から起つた社會的動搖が、貴族政治を顚覆せしめた後を受けて、所謂官僚政治の時代が出現したからである。官僚政治の時代に於ては、被支配階級は云ふに及ばず、支配階級たる官僚群すらも、事實上は兎も角として、尠くとも形式的には、所謂科擧の制度によつて、朝廷から特殊の身分を賦與せられたに過ぎず、何等血統に基づいて世襲的身分が保障されて居た譯ではない。

それ故に、此の時代に入つては、純粹に祖先崇拜並びにそれに伴ふ血統の觀念に、其の重心を置いて居た宗法なるものは、著しく政治的社會的の實質的意義を失つて、單なる禮教的存在に過ぎないものとなつて了つた。

何となれば、封建及び貴族時代には、嫡長の地位に在る者は、血統に附隨した政治的社會的特權の相續を保障されて居たにも拘はらず、官僚時代に入つては、かくの如き保障が撤廢されて、嫡長子の祭祀的特權は、僅かに、心

理的優越の標識たるに過ぎないものとなつたからである。

而して、此の樣な結果は、宗法の規定による嫡長主義の宗祧相續を著しく頽廢せしめ、それとは反對に、實質的利益を代表するところの財産相續の意義を、著しく重大ならしめたのである。

かくして、支那に於ては、宋代以來、宗祧なるものが、重要なる實質的利益を喪失するに伴ふて、財産相續が、漸く宗祧相續を排除して、相續制度の重心たるに至つたのであるが、此の傾向が、又一面に於て、財産權の觀念の發達によつて促進せられたものであることは、もとより言を俟たない。

而して、支那に於ける財産相續は、宗祧相續の嫡長主義にも拘はらず、夙に、衆子平等に父祖の遺産を承繼するの慣習を生じ、所謂均分主義の相續制度を確立せしめて居た。而かも、此の樣な財産相續の衆子均分制は、却つて逆に、宗祧相續の制度に反映して、宗祧相續の場合に於ても、衆子均分の原則が、古來の嫡長主義を排斥して、衆子共同に父祖の祭祀を繼承するの慣習を發生せしむるに至つたのである。

かくの如き事實は、然らば、何を意味するかと云へば、いふまでもなく、支那の相續制度が、漸次に所謂財産相續の時代に入つたことを示すものであつて、支那に於て、祭祀相續若しくは身分相續の性質を有する長子相續の宗祧承繼が、次第に頽廢して、所謂財産承繼が重んぜられる樣になつたのは、朱子家訓中に、『何氏曰、古人承繼宗祀、今人承繼財産、非禮也、亦非義也』とあるに徵しても、尠くとも、宋代以來の事實に屬するものであることが明瞭である。

かくして、現在支那に於ける相續制度は、其の進化の過程に於て、既に、祭祀相續並びに身分相續の時代を脱して、財產相續の時代に、は入つて居ることは、最早疑の餘地なき事實である。

然るに、此の事に關しては、玆に最も注意すべき一事がある。是、卽ち支那に於ける財產相續が、歐米又は日本に於ける財產相續と著しく其の趣を異にする點であつて、歐米又は日本に於ける財產相續が、個人の財產所有權が確立した結果として發生し、全く個人主義的制度であるのに反し、支那に於ける財產相續は、極めて家族主義的な特徵を有して居ること、是である。

卽ち、支那に於ける財產相續は、主として家產承繼を意味するものであるが、此の事は、支那に於て、古來財產に關し家產主義を採り、財產は一切『家』に屬するものとして、之を家長の管理に歸し、家族各自の財產卽ち私產若しくは特有財產を認めなかつたこと、並びに現在の社會的慣習に於ても亦、依然として、財產關係に於ける家族主義を固執し、財產を以て『家』に所屬するものとする法律的確信を、飽迄も肯定して居ることに、其の主要原因を有つ。現在の支那に於ては、純然たる個人主義的財產相續制度は、僅かに其の端緖を認め得るに過ぎない。是、財產關係に於ける家產制度と、社會的觀念に於ける家族主義とに職由する當然の結果に外ならない。

かくの如く、支那に於ける財產承繼は、それが個人財產を目的とせず、家產を目的とする點に於て、明瞭に家族主義的財產相續制度であると斷定し得るのであるが、是取りも直さず、支那に於ける家族制度が、未だ全く崩壞の過程を經て居ないことに起因するものであつて、此の點は、歐米個人制度の下に在つて、純然たる個人主義的財產

相續が、唯一の相續制度であり、又日本に於て、一方に於ては、尙家族制度を維持しつゝも、他方卽ち財產關係に於ては、全く個人主義を採用して居るが爲に、其の相續制度が、家族主義的な家督相續と、純然たる個人主義の遺產相續とを倂用して居るのと、些か其の面目を異にして居る點である。

何れにしても、支那に於ける相續制度が家族主義的特質を有することは、爭ふべからざる事實であつて、此の事は、明かに支那に於ける家族制度が、今尙依然として、社會の基本組織たる實質を失はないことに起因する當然の結果であるが、而かも、家族制度の物質的基礎としてのかくの如き相續制度は、又逆に、支那に於ける家族制度を確乎として維持すべき最も强い原因ともなつて居るのである。

## 第二節　宗祧承繼

### 第一項　宗祧承繼の性質

支那に於ける宗祧承繼なるものは、嫡長子をして、祖先の祭祀を繼承せしめんとする制度であつて、周の宗法に淵源し、周代以來歷朝の法規によつて强制せられたものであるが、現在に於ては、法律上では、尙是に關する規定を存しては居るけれども、事實上、此の制度は、僅かに古法の餘影を止めて居るに過ぎず、其の本來の形式は、全く喪はれて居る。卽ち宗法夙に頽廢し、祭祀制度が、著しく崩壞した以後の支那に於ては、律例上儼然たる宗祧承繼の規定ありたるにも拘はらず、其の規定は、殆んど空文に歸し、一方に於ては、父祖の祭祀は、必ずしも嫡長子

の特權でなくなり、他方に於ては、異姓養子の宗祧承繼が、盛んに行はれるに至つた。

併しながら、それと同時に、慣習的保守的な支那に在つては、今尙祖先崇拜の觀念が、國民の道德思想の根柢に深く浸透し切つて居るものであるから、宗祧承繼の制度は、僅かに其の餘影を止めて居るに過ぎないとは云へ、其の餘影は、現在に於ける支那の家族制度に、極めて重大なる役割を演じて居るのである。

元來、支那法の宗祧承繼は、第一に、男系主義に依り、女子及び其の子孫は、如何なる場合にも、宗祧承繼の資格を有せず、第二に、直系主義に依り、諸弟及び諸姪（兄弟の子）は、皆、此の資格を有つことなく、第三に、嫡長主義に依り、嫡次子以下亦宗祧承繼人たる資格なきものであつて、只嫡長子孫にして早亡し、或は其の他の事故ある場合は、嫡次子孫以下に及び、嫡子及び其の子孫全くなきときには、庶子を立て、庶子亦之なき場合には、同宗或は同姓中より過繼子（若しくは嗣子、卽ち宗祧を承繼する資格ある養子である）を立て、之をして宗祧を承繼せしむるの制である。

是によつて觀れば、第一順位の宗祧承繼人は、被承繼人の直系男卑屬にして、且つ嫡長の地位に在る者である。卽ち支那に於ける宗祧承繼は、我國の家督相續と同じく、所謂長子一人相續主義に據るものであつて、嫡長子が存在する場合には、其の他の子孫は全然宗祧承繼權を有しないのである。

宗祧承繼人の資格及び順位は、前述の通りであるが、宗祧承繼人は、被承繼人の死亡によつて、祖祭の主祭權を取得する。蓋し、宗祧とは、父祖の祭祀を指稱するに外ならないものであるから、父祖の生前に於て、其の承繼の

開始せられることなく、又宗祧承繼は、唯父祖の主祭者たる權利の相續に過ぎないものであるから、主祭權以外の諸權利例へば、家產所有權若しくは家政統攝權等の相續とは、自ら區別されなければならないのである。

かくの如く、支那に於ける宗祧承繼なるものは、父祖の祭祀を相續するの制度であつて、それは必ず嫡長子によつてなさるべきことが確定不動の原則たるにも拘はらず、然るに、曩にも一言した樣に、現在支那に於ける實際の慣習に於ては、宗祧承繼權を有する者は、必ずしも嫡長子のみに限らず、嫡次子以下庶子及び實子と並存する養子時としては、異姓の養子すらも亦、均しく此の權利の所有者であると觀念せられて居り、父祖の祭祀は、衆子共同に之を營むことが、今日では、最も普遍的な全國的慣習となつて居る。換言すれば、支那に於ける現在の一般的慣習に於ては、宗祧承繼は、古來の傳統に基づく嫡長主義に據ることなく、宛かも、家產承繼に於けると同じく、純然たる衆子均分主義を採つて居るものと認められる。是蓋し、前節に於て之を指摘した樣に、宋代以來、宗祧承繼の制廢れ、之に代つて、家產承繼が、最も重要なる相續制度となつた結果として、後者に於ける均分主義の原則が、次第に前者の長子一人相續主義を排斥驅逐するに至つたが爲である。

宗祧承繼に關する古傳統の崩壞は、異姓養子の風習が、相當廣い範圍に於て慣習化せられて居る事實にも、亦明瞭に之を看取することが出來る。卽ち既に祖先祭祀が、同族の子孫によつて營まれなければならない筈であるにも拘はらず、異姓卽ち同宗以外の嗣子を立て、宗祧を承繼せしめ得ることを容認した時、其の慣習は、事實上、宗祧承繼の傳統的精神を、全く無視したものと謂はざるを得ないからである。

然らば、かくの如き宗祧承繼に關する古傳統の崩壞は、果して何を意味するか。いふまでもなく、それは祖先崇拜の觀念及び血統觀念の著しく頽廢したことを示す。而かも、祖先崇拜の觀念と血統觀念とは、實に支那に於ける家族制度の最も深刻なる根柢を形造るものであること、既に屢々指摘した通りであつて、此の根柢にして、一度喪失に歸した曉には、支那の家族制度なるものは、全く、根本から覆へされる運命に逢着せざるを得ないのである。

それ故に、支那に於ける家族制度の最も重大なる精神的心理的基礎としての宗祧承繼の漸次的崩壞過程を明かにすることいふことは、支那に於ける家族制度の現狀並びに其の將來の歸趨を明瞭に理解する上に、極めて緊要なる研究事項であると考へられる。

## 第二項　宗祧承繼の沿革

支那民族が、古來祖先崇拜を以て、社會道德の根本規範となし、祖先祭祀を以て、社會組織の基本原理としたことは、既に屢々之を述べた。祖先祭祀に淵源する禮制は、第一に、祭祀の禮であり、第二に宗祧承繼の制であり、第三には、宗族制度である。而して、是等の禮制を規律するところの規範が、所謂周の宗法であつて、換言すれば周の宗法は、父祖の祭祀を行ひ、之を永久に繼承することによつて、宗族の結束を固め、是によつて社會組織の構成を維持せんが爲の基本原理として、定められたものに外ならない。

今宗法の規定する宗族の制度を觀るに、共同祖先の崇拜を中心として、其の下に集まれる血族團體を、宗と名付け、宗を大宗と小宗との二に分ち、而して、大宗卽ち家祖の嫡長子の『宗』は、家祖の祭祀を永遠に繼承すべきも

のであつて、永久不易の存續を必要とせられ、稱して『百世不遷之宗』と謂ひ、其の宗祧は、嫡長子孫（卽ち大宗子）相承け、幾世の久しき之を維持して斷絕することがない。之に反して、家祖の衆子（嫡次子以下）及び大宗子の衆子は、大宗より分岐して、新に一宗の祖となり、其の宗祧も亦、其の嫡長子孫（卽ち小宗子）によつて繼承せられるけれども、其の範圍は四世代にして終止し、五世以上の存續を許されない。是所謂『五世則遷之宗』であつて、大宗に對して、之を小宗と謂ふのである。

卽ち、支那に於ける古代の宗族制度なるものは、小宗子が、各小宗を率ひ、大宗子は、是等すべての宗族を統轄して、始祖の祭祀に當るべき組織であつた。而して、當時の封建制度の下に在つては、大宗子は、其の統轄權の下に在る小宗を率ひつゝ、一定の世襲的身分を、政權によつて保障せられ、政治的並びに社會的の特殊地位を占めて居た。

かくして、宗子は、古代に於ては、一面に於て祖先祭祀の主祭者たると同時に、他面に於ては、同族の統攝者として、宗族を統轄する權限を與へられて居たのである。禮大傳に、『親親故尊祖、尊祖故敬宗、敬宗故收族』とあるのは、取りも直さず、是を示すものであつて、卽ち親族相親しむが故に、親族の本源たる祖先を尊び、祖先を尊ぶが故に、祖先の繼嗣たる宗子を敬ひ、宗子を敬ふが故に、其の同族を輯睦せしむることを得ると謂ふのである。此の故に、同族は、祖先祭祀の主祭者たる宗子を中心として相結合し、其の社會的生存を全うする。而して、宗子を中心とする男系血族を基礎として成立するところの宗族制度を社會的單位として、當時の封建社會組織が構成せら

れて居たのである。

それ故に、支那に於ける宗祧承繼なるものは、其の文字の示す如く、最も純粹なる祭祀相續たる性質を有するものであつて、畢竟最も原始的な相續制度であるに外ならず、且つそれは、支那固有の宗族制度と密接不可離の關係に立つて居るものである。

然るに、かくの如き宗祧承繼の制度は、社會組織進化の過程に順應して、換言すれば、宗族制度が封建並びに貴族政治の崩壞に伴ひ漸次に廢頽して、社會の基本組織たる實質を失ひ、家族制度が之に代位したことによつて、次第に其の社會的重要性を喪失するに至つた。

蓋し、既に述べた樣に、支那に於ては、既に唐末以前に於て、封建並びに貴族政治の時代は過ぎ去り、宋初より所謂官僚政治の時代が、それに續いたのであるが、此の結果は、『宗』卽ち血統若しくは家柄と、身分との關係は全く斷絕し、從つて、『宗』の政治的社會的意義若しくは其の客觀的要素は、尠くとも形式的には、全然喪失に歸したからである。

而して、此の樣な結果は、如何なる事實に示されたかと云へば、上に述べた樣に、政治的社會的の實質的利益を失つて、單なる禮敎的存在として、寧ろ實生活の上に、多くの、餘りに嚴格煩瑣なる拘束を加へる桎梏たるに過ぎなくなつた宗族制度を衰微せしめて、之に代るべき家族制度を發達せしむるに至つたのである。而かも、此の事は支那の相續制度に於ける劃期的な變遷を意味する事實であるに外ならない。何となれば『宗』の繼承が、主として

的經濟的基礎たる家産卽ち『家』に屬する財産によつて行はれるからである。

かくして、支那に於ては、尠くとも宋代以後、宗祧相續の制廢れ、家産相續の制が、重んぜられる樣になつたことは、既に之を述べた通りであるが、宗祧相續頽廢の傾向は、單に是のみに止まるものではなかつた。何となれば、家産相續が、宗祧相續を壓倒して、社會的に其の重大性を增して來るに從つて、前者は外延的に、次第に後者の衰微を促進したと同時に、內包的には、前者に於ける均分主義の原則が、徐ろに後者の嫡長主義を驅逐して、之に取つて代るに至つたからである。卽ち宗祧相續は、周代以來、必ず嫡長子に依つて爲さるべきことが、確定不動の原則であつた筈であるにも拘はらず、此の原則は、漸く財産相續の均分主義に置き代へられた。換言すれば、父祖の祭祀を繼承する者は、必ずしも、嫡長子のみに限らず、衆子均しく之を承繼し得る樣になつたのである。

此の事は、種々の點に窺はれるが、殊に祖先祭祀の費用を、嫡長子一人が、之を負擔することなく、相續財産中の一部を留存して之に充て、若しくは、各子孫が、金錢其の他を平等に醵出して、此の費用を充當する慣習に、最も明瞭に現はれて居る。蓋し祖先祭祀を嫡長子の特權とするならば、祖先祭祀の費用は、其の者に於て之を負擔すべく、其の他の者が之を負擔すべき理由はない。それ故に、祭祀の費用を、諸子が平等に負擔するといふことは、畢竟、祭祀が、諸子によつて共同に營まるべきであると觀念されて居ることの最も卒直なる經濟的表現であるに外ならず、要するに、祖先祭祀の觀念あるも、宗祧承繼の形式なく、且つ財産の均分相續の事實あるが爲に、上記の

如き慣習を生ずるに至つたのである。

即ち、父祖の祭祀の爲に設定せられる財產、卽ちかの祭祀公業若しくは祭產が、常に諸子の合有財產たることはもとより、時としては、父祖の祠堂、墳墓及び公業の管理すらも、諸子共同に、或は輪流に、之を行ひ、必ずしも嫡長子のみ、獨り之に當り得るものではない。

かくして、現時に於ては、宗子は、父祖の祭祀權の外、如何なる權能をも有することがない許りでなく、父祖の祭祀權そのものすらも、必ずしも、宗子の特權でなくなり、衆子均しく之を享有し得るの狀態に在り、宗子の權限は、古代の著しく廣汎且つ强大なるそれに比較して、極度に縮少せられて居る。

卽ち、現在では、宗族を統轄すべき地位に在る者は、同族中材幹あり若しくは資產あるところの有能者之に當り必ずしも、古代に於けるが如く、宗子之に當るものではなく、宗子は、僅かに祖祭の主祭者たる虛位を有するに過ぎず、否、父祖の祭祀すらも、衆子共同に之を行ひ、必ずしも、宗子獨り之を司祭するものではない。

上述の如く、支那に於ける宗祧承繼の制度は、封建並びに貴族社會組織の崩壞に伴ふ實質的利益の喪失によつて漸次に、其の社會的意義を失ひ、從つて、其の古代的形式を甚だしく變改せしめたのであるが、此の事は、いふまでもなく、社會進化の必然的結果として、現はれ來つたものであつて、畢竟、社會構成の變革に伴つて、純然たる祭祀相續制度が、次第に其の在立の基礎を失ひ、相續制度の目的が、祖先祭祀から漸次に家族財產の上に推移するに至つたことの當然の歸結であるに外ならない。

かくの如くにして、支那の宗祧承繼制度は、現時に於ては、殆んど全く其の本來の形式を喪つたことが、極めて明瞭であるとは云へ、而かも尙、支那の所謂『宗法社會』の內部に在つては、まだまだ其の古代的形式の餘影を止めて居る點が頗る多い。蓋し、慣習的傳統的なる支那の社會に於て、古代的なる宗祧の觀念、從つて、宗子若しくは嫡長子の宗敎的性質、若しくは祖先祭祀上の特質が、完全に、社會意識によつて否認せられるに至るまでには、尙相當の時日を要すべく、從つて、其の中間の時期に於ては、宗子の祭祀的性質が、多少の程度に於て認められ、宗祧承繼の古代的形式が、何等かのかたちに於て、殘存するに相違はないからである。

卽ち、現在に於ても、父祖の祭祀は、衆子共同に、之を營むものではあるが、併しながら、嫡長子たる長房は、尙神主、祠堂、家譜等を管理し、且つ祖屋に居住することが、最も一般普通の慣習であり、此の點に於て、幾分か祖祭の主祭者たる地位に在るものと觀ることが出來る。

のみならず、現時に於ては、最早大宗小宗の區別なく、宗統は、事實上『宗』を以て傳へることが不可能であるにも拘はらず、宗祧の觀念そのものは、今尙依然として堅確不拔の禮敎的規範として存在し、『家』の祭祀的意義は極めて重大であるから、宗祧承繼そのものは、縱令むば、其の本來の形式に著しい變改を受けたと云つても、それは大體に於て、極めて外的な形式的な意味に於てに止まり、其の實質的內容に至つては、毫も往昔と變るところはないのである。

卽ち、現在に於ても、祭祀繼承は『家』の最も重大なる任務とせられ、それが以前の如く、嫡長子によつてのみ

行はれることがないにもせよ、兎も角も、血統の子孫が、家祀を繼續するといふこと、それ自體の意義並びに慣習は、決して失はれた譯ではない。事實、支那の家族制度は、今尙、祖先崇拜を其の心理的根據として成立し、而して、尠くとも、此の點に關する限り、其の古代的基礎は、確乎として動かすべからざるものがある。蓋し、支那に於ける道德、習慣は、尙依然として『家』の宗教的性質若しくは祭祀的意義を、飽迄も肯定して居り、血統維持に對する觀念の極めて强烈濃厚なること、今も、殆んど以前と渝るところはないからである。

が、併しながら、それにも拘はらず、支那家族制度のかゝる古代的規範は、縱令むば、それが、今の社會生活に深く根差して、極めて强大な威壓力を持つて居るとしても、やがては、全く消失し去るべき運命を免れ得ぬことは、いふまでもあるまい。卽ち現實の狀勢に全く適應しないかゝる家族生活の規範が、社會狀態の變化にも拘はらず、今後其の存在を何時までも續け得るものだとは考へられない。のみならず、前述した樣な支那に於ける宗祧承繼の歷史的變遷過程は、最も明かに、宗祧承繼なる行事の早晚滅亡し去るべきものなることを豫示して居る。而かも、宗祧承繼なるものは、取りも直さず、支那に於ける家族制度の根幹をなすところの精神的基礎である。此の最も重大なる基礎の崩壞が、かくも明瞭に暗示されて居る以上、支那家族制度の將來に於ける運命に就いては、今更茲に蛇足を加へる必要は毫もないのである。

## 第三節　家長の繼任

古來、支那の相續制度に於ては、宗祧承繼又は家產承繼を重要視して、家長たる身分の承繼若しくは家長權の相續に關しては、餘り之に重きを置かぬ傾向があつた。卽ち、律例に於ても、宗祧承繼又は家產承繼に就いては、可成り詳細な規定を設けて居るのであるが、家長の繼任に關しては、何等直接の明文を揭げて居ない。換言すれば、支那の相續法は、祭祀相續及び財產相續のみを認めて、家督相續なるものを認めない。而して、此の事は、支那の相續制度が、日本のそれと些か其の趣を異にする點であるが、此の點に關し、民律草案理由書は、左の如き說明を與へて居る。(同書第五編繼承序文)

『日本の家制は、其の性質吾國と異ると雖も、而かも家制旣に存す。自ら家長繼承の事あり。故に其の法に、家督相續と遺產相續との別あり。吾國今日家制の破るべからざる固より人々之を知れり。惟だ習俗相沿ふて遞變するを以て、今日吾國の家長は、實に昔日宗法の嫡長に非ず、固より所謂繼承と爲すものなし。卽ち血祀の關する所、義を嗣續に取る。古の如く大小宗を以て限りとなさず。亦た宗祧の繼承と遙かに異る。』

由是觀之、支那に於ては、元來、家長の地位が、相續法上明かに認められて居たにも拘はらず、歷史的變遷に伴ふて、家長自體の性質に變化を生じ、家長そのものは、終に相續法上の地位を失ひ、單に親族法上の身分たるに過ぎなくなつたのである。

併しながら、旣に第三章に之を述べた樣に、支那に於ける家長なるものは、其の家族に對して、極めて强大なる權力を行使する地位に在るものであるから、之を親族法的に考察する必要あるは勿論、相續法的立場に於ても亦、

之に對して、一應の檢討を加へる必要があるのである。

第三章に詳述した如く、支那の家長は、外部に對しては、一家を代表して立ち、內部に在つては、一切の家政を統攝すべき地位に立つものであるが、此の樣な家長に必要とせられる資格は、家族中の最尊長者たるべきことである。

卽ち、一家を統攝すべき家長は、必ず一家の最尊長の男子たることを要し、必ずしも家祖の嫡長子孫たることを要しない。是家祖の祭祀を主祭するところの宗子が、必ず家祖の嫡長子孫たることを要するのと、大いに趣を異にして居る點であつて、蓋し、祖先祭祀を、それの精神的心理的基礎とする宗族に在つては、祖祭を主祭すべきものが、父祖の嫡長子たる宗子であり、擴大せられたる單一的家計の大家族に於ては、其の家政を統轄すべきものが、最も有能なる尊長たる家長たるべきは、寧ろ極めて當然の次第だからである。

今試みに、支那に於ける家長及び宗子と、日本に於ける戶主とを比較して、其の異同を觀るに、日本の家族制度に於ける戶主は、家族の統轄監督者たる點に於て、支那の家族制度に於ける家長と同一である。然るに、日本の戶主は、家督相續に因つて其の地位を取得するものであつて、一家の嫡長子孫若しくは之に準ずべき者、之に當るの點に於て、支那の宗族制度に於ける宗祧相續と、其の主義を同じくし、其の家族制度に於て、家長は嫡長子孫たるを要せず、必ず尊長たるを要するの制と、全く其の主義を異にして居る。要するに、支那の家長は、日本の戶主と其の權限を同じくするも、其の資格を異にする。換言すれば、日本の戶主は、之を家長に比すれば、其の權限を同

じくして、資格を異にし、之を宗子に比すれば、其の資格を同じくして、權限を異にし、結局、宗子の資格と家長の權限とを合一して居るものと觀ることが出來る。此の點は、日本の家族制度と支那のそれとを、區別すべき大いなる性質の差異であつて、支那に於ては、家族制度と宗族制度とは、飽迄截然として區別された別個の制度であるのである。

かくの如く、支那に於ては、宗族制度と家族制度とが、各個獨立の制度であるが爲の必然的結果として、宗祧承繼卽ち祖先祭祀の相續と、家長の繼任とは、最も嚴格に區別されなければならない性質のものである。例へば、家祖が死亡して、其の嫡長子が、家長を繼任するときは、一面に於ては、家長として一家を主宰し、他面には、宗子として家祖の祭祀を司り、一身に二の資格を兼有し得るけれども、若し嫡長子以外の者が、家長と爲る場合には、家祖の宗祧は、嫡長子若しくは嫡長孫之を承繼し、最早家長に於て、家祖の祭祀を主祭することを得ない。而して、此の嫡長子たらざる家長は、更に其の嫡長子孫によつて、宗統を承繼せられるものであるから、從つて、此の一家內には、二の宗統が生ずること、なるのである。

併しながら、前節に、之を詳述した樣に、現在では、宗法的宗族制度が、著しく崩壞して、大宗小宗の區別が

失はれた許りでなく、宗祧承繼は、必ずしも嫡長子のみによつて行はれるものではなく、衆子均しく之を行ふことを原則として居るから、上述の如き區別も、觀念上では兎も角、實際には、決して嚴格に行はれては居ないのである。

思ふに、周の宗法によつて規定せられた長子相續法は、嫡長子が家祀を繼承し、併せて一家の統率權を繼受する點に於て、祭祀相續並びに家長權相續の二の資格を兼有したものであるが、其の後封建的社會組織の崩壞に伴ふて宗子の政治的特權が喪失に歸すると共に、宗祧承繼の實質的利益は失はれ、單純なる祭祀相續として、僅かに禮敎上の形式的存在を保つに過ぎないものとなつた。而して、此の事の當然の歸結として、實質的利益を代表するところの家產承繼が、宗祧承繼を壓倒して、其の社會的重要性を增大せしめて來ると同時に、前者の基礎の上に立つ家族制度は、著しく發達して、後者を根據として成立する宗族制度を超えて、最も重要なる社會の基本組織となるに至つた。而かも、かゝる家族制度に在つて、一家の統率的職務を執行する家長は、必ずしも嫡長子たることを必要とせず、只其の重任に耐ふべき實力ある者たることを必要とした爲、終に最尊長をして之に當らしむるの習慣を漸次に長養し、法律も亦、此の慣習を是認するに至つたのである。(此の事に關しては、唐宋律並びに明淸律共に律例に直接の明文を揭げて居ないけれども、條文の註釋及び輯註により此の意を明かにすることが出來る。後出參照)のみならず、支那に於ては、尊長を尊崇するの風習夙に發達し、後に至つては法律も亦、强大なる尊長權を規定するに至つたから、此の點に關しても、家長の地位は、漸次に長子から尊長に移轉したものであると考へることが出

來る。

かくして、尠くとも唐宋以後、支那の家族制度に在つては、一家の最尊長が、家長として家政を統攝する地位に立つ樣になつたのであると考へられる。卽ち嫡長の地位に在る者が、血統卽ち宗に附隨した政治的社會的特權の繼承を保障されて居た時代には、『家』の内部に、宗子卽ち嫡長子の統轄權が、最も力强く働き得たのであるが、宗子の祭祀的特權に伴ふ實質的利益が失はれ、宗族制度に代つて家族制度が發達するに至ると共に、一家の統率權は常に必ずしも嫡長の地位に在る者之を保有することなく、却つて最尊長者の特權となるに至つたのである。それ故に、周代に於ては、長子を、直ちに家督又は家長と稱した（東洋法制史本論二一八頁）のに反し、尠くとも唐代以後に於ては、家長は、一家の長子を指すものでなくして、其の最尊長の別名たるに至つた。是卽ち前掲民律草案理由書が、『習俗相沿ふて遞變するを以て、今日吾國の家長は、實に昔日宗法の嫡長に非ず』と論斷した所以であるに外ならない。

今、支那に於ける家長の繼任に關し、其の資格及び順位を示せば、大體左の如くである。

家長は、其の家族内に於ける男家族の最尊長之に當るを原則とする。婦女は、原則として、家長と爲り得ない。而して、一家中最尊長の地位に在る者であれば、嫡長と否と、直系と否とは、毫も問題とされない。

抑々家長は、必ず最尊長者之に當るべきことは、支那古來の慣習であるが、法律も亦、此の事を規定して居る。律例には、此の點に關する直接の明文を見出せないが、これは、寧ろ明文を不必要と認めた爲であると解すべく、

條文の註解及び輯註は、明瞭に之を記載して居る。其の一例を擧げれば、刑律闘毆下奴婢毆家長條律の輯註に、『不言家長之祖父母父母者、蓋家統一尊、祖在則祖爲家長、父在則父爲家長』とあるが如きは、即ち家長と同時に、家長の祖父及び父の生存することなきを示したものであつて、家長即ち最高尊長たる所以を明かにしたものであるに外ならない。民國民律草案は、其の第千三百二十四條を以て、家長が一家中の最尊長者たるべきことを、明かに規定して居る。

かくの如く、支那に於ける家長は、一家中の最尊長者たるべきことを原則として居るのであるが、併しながら、元來家長なるものは、家政を統攝し、家族を統御すべき可成り重大なる權限と並びに責任とを、有するものであるから、家長が、家長として、完全に其の任務を行ふ爲には、家長たる者は、心身共に健全なる者であつて、家族統率の爲に、多くの努力を提供し得る者でなければならぬ。それ故に、家長の地位に在る者が、老年の爲若しくは其の他の事由に依り、家長としての充分なる努力を致すこと能はず、其の職務を全うし得ない樣な場合には、此の原則を破らねばならぬ必要に迫られて來るのは當然である。

從つて、此の樣な場合には、家長は、必ずしも一家の最尊長者でなく、其の他の者が、之に當ることがあり得るのである。例へば、家長たる祖父が老衰の爲、其の地位を父に讓る場合の如き、或は家長たるべき伯父あるに拘はらず、それが身心羸弱なる爲、兄が家長の地位を襲ふ場合の如きである。

此の事は、前清時代の保甲制度に於ける保甲門牌を一見することによつても、容易に其の眞相を窺ふことが出來

る。即ち、保甲門牌には、家族として、家長の父、祖父、伯叔父、兄長の如き尊長を記載したものがあり、家長は必ずしも、常に一家の最尊長ではないのであるが、是蓋し、保甲制度に於ては、家長たる者は、常に一家の最尊長に限らず、實際に於て事理に通曉し保甲上の責任を果し得る者であることを必要としたが爲であるに外ならない。是を現在に於ける實際の慣習に徵しても、家長は、必ずしも一家の最尊長者たることを要せず、賢能なる者を選任し得ること、『中國民事習慣大全』中に記載されて居るところの如くである。(同書第三編親屬二頁)併しながら、一般的に之を云ふときは、尙一家の最尊長を以て家長と爲すことを美風とするの觀念が最も强く、事實上家政を執るに耐へない老齡者と雖も、之を名義上の家長として、他の能力完全なる子弟に於て、實際の事務を擁行するのを、普通の慣習として居る。

それ故に、支那に於ける家長の地位は、原則として一家の最尊長によつて繼承せられるものであつて、最尊長たる家長の死亡に因り、次位の尊長即ち新たなる最尊長は、當然其の地位を襲ひ、家長權を取得するものであると觀ることを得るのである。

## 第四節　家産承繼

支那に於ける家産が、家祖即ち家の創始者たる家長の在世中は、其の專有に屬し、家祖の死後には、其の直系男卑屬たる承繼人に屬し、承繼人二名以上ある場合には、其の合有に歸屬する財産であることは、既に第四章第二節

第一項に之を說述した如くである。而して、此の樣な家產は、中間分異を經ざる限り、世代を通じて存續し、所謂大家族制度の物質的基礎となつて居るものであることも亦、同上第二項に之を述べた通りである。

本節に於ては、此の樣な家產の承繼に關し、之を相續法的に考察して其の性質を闡明し、以て支那家族制度の核心をなすところの物質的基礎を明瞭ならしめんとするのである。

支那に於ける家產承繼なるものは、之を要するに、被相續人の直系男卑屬に家產の合同相續を爲さしめんとするものであつて、所謂分頭制度若しくは均分主義の相續制度に外ならないものである。換言すれば、支那に於ける家產相續制度は、直系主義男系主義を採り、家產は、被相續人の直系男子孫に依つて相續せられ、妻又は女子孫は、原則として、之を相續することを得ず、被相續人の傍系親族は、如何なる場合にも、相續權を有しない。而して、相續人たる直系男卑屬數人ある時は、同順位の相續人が、合同して家產相續を爲すものであつて、此の場合には、均分主義を原則とし、各相續人の得分は、原則として、均等である。

今支那に於ける家產相續に關して、現在一般に行はれつゝある慣習を說明する前に、先づ前淸現行律に規定されて居る家產相續法を一應檢討して置く必要がある。何となれば、大淸律例中民事に關する部分は、成文民法の未だ發布なき現在に於ては、すべて繼續して有效なることを認められて居る許りでなく、現在に於ける實際の社會的慣習も亦、大體に於て、其の基礎を、前淸時代の法律的規定に置いて居るものだからである。

### 第一項　律定の家產承繼法

今現行律の規定に據つて、先づ家產承繼人の資格、順位並びに相續分等を示せば、大體次の如くである。(『臺灣私法』五六三頁以下參照)

家產承繼人は、常に被承繼人の直系卑屬親に限り、同列親、尊屬親は勿論、卑屬親と雖も、其の傍系に屬する者は、家產承繼權を有しない。親等の異りたる直系卑屬數人ある時は、其の近き者を先順位者とする。而して、同順位の承繼人二名以上ある時は、是等が合同して、家產を承繼する。而して、此の場合には、均分主義の原則に依り承繼人各自の得份は、原則として、均等である。かくの如く、家產は、被承繼人の實男子の間に均分すべきものであるが、實男子なき場合には、過繼子(養子)之を承繼し、過繼子亦なき場合は、已むを得ず、婦女をして承繼せしむることを得る。今家產承繼人を、實男子、養男子及び婦女に區別して、之を分說するに、凡そ左記の如くである。

一、實男子　實男子は、嫡子、庶子、婢生子及び姦生子を論ぜず、父の家產に對して、皆承繼の權利を有する。故に、實男子が唯一人なる時は、それが家產の全額を取得し得るけれども、若し二名以上ある時は、是等は合同に家產を相續する。而して各自の得份は均等を原則とするが、只宗祧を承繼することを得ない姦生子(私生子)に限り、其の得份は、嫡子庶子等の二分の一である。(私擅用財條例)

二、養男子　律例の規定に據れば、嫡子庶子なき者は過繼子を立て、宗祧を承繼せしむることを得る。此の場合、家產は、當然過繼子之を承繼するものであるが、被承繼人に姦生子ある時、及び過繼子を立てたる後、實男子の

出生したる時は、家産は、是こ均分すべきものこする。過繼子以外の養子卽ち宗祧を承繼し得ざる異姓又は同姓不宗の養子、換言すれば、養子は、當然に家産承繼人たるの權利を有することなく、只被承繼人の意思に依り、家産の幾分を酌給せらるゝことあるに過ぎない。卽ち、かゝる養子は、正當の家産承繼權を有しないものである。

（立嫡子違法條例）

三、婦女　立嫡子違法條例に據れば、被承繼人が、實男子孫及び過繼子孫なくして死亡したる場合には、其の妻は、夫の家産を承受し得る。夫が、未だ其の父祖の家産を分得せざる以前に、死亡したる場合こ雖も、其の分割に際しては、夫に代位して、其の分得すべき財産を取得することを得るのである。而して、妻は、必要の場合には、其の得たる財産を處分することを得るも、併しながら、之を持參して歸宗改嫁することを得ない。のみならず、他日相當の過繼子を立てゝ、之に其の財産を傳へなければならぬ。それ故に、此の場合に於ける妻の財産承繼は、一時的過渡的のものであつて、所謂仲繼相續であるに外ならない。

次に、私擅用財條例には、絕戶の財産にして、同宗の應繼者なき時は、被承繼人の親生女子に於て、之を承受すべき規定があるが、而かも、此の樣な場合に、被承繼人に妻ある場合は、家産は直ちに親女の所有に歸することなく、妻が、之を承受すること前述の如くであるから、親女に於て家産を承受し得るは、只男子及び妻何れも之なき時に限る。加之、親女に於て一時家産を承受し得る場合に於ても、他日其の父の爲に養子孫を立てゝ、之に傳へざるべからざること、前述妻の場合こ同樣である。

それ故に、婦女は、原則として、家產承繼權なきこと、妻たること其の他の女子たることに、毫も差異はないのである。

以上によつて是を觀るに、支那に於ける家產承繼の方法は、直系主義男系主義に依るものであつて、家產は家祖の直系男卑屬によつて承繼せらるべく、傍系親はいふまでもなく、妻又は女子孫も、原則として、之を承繼することを得ない。而して、同順位の承繼人二名以上ある時は、均分主義に依り、嫡長主義に依らない。卽ち是等の承繼人は、其の家產に對して、平等の合同相續權を有し、其の家產を分割する場合には、是等の承繼人は、其の尊長たると卑幼たると、嫡子、庶子及び過繼子たるとを問はず、均等の分前を取得するのである。

次に、然らば、家產承繼の時期如何といふに、家產の分割が、被承繼人の生前に於て行はれざる限り、被承繼人死亡の時を以て、開始する。それ故に、家產の承繼は、各世代每に行はれ、父產は子之を承繼し、子產は孫之を承繼し、其の間、承繼人の一名なると二名以上なるとを論ぜず、又家產の分割あると否とを問はない。

之を例せば、家祖甲に二男子乙、丙あり。乙に一男子丁、丙に戊、己の二男子ありとすれば、甲の死亡によつて、乙丙は家產を合同に承繼するから、其の承繼分は、夫々二分の一である。次に、乙の死亡によつて、乙の承繼分は丁一人に歸屬し、丙の死亡によつて、戊、己兩人は、丙の承繼分を合同に承繼するから、結局、丁の家產に對する份率は二分の一、戊、己のそれは、夫々四分の一となる。所謂分異の際には、此の割合を以て家產が各承繼人の間に分割せらるるのであるが、此の樣な分異を經ざる限り、承繼そのものは、各世代每に行はれるにも拘はず、所謂共

財が、各承繼人の子孫數代に亘つて繼續せられる。

若し、承繼の當時、子既に死亡して在らざるときは、孫が代位して父份を承繼する。前揭の例に於て、乙が承繼に先立つて早世して居た場合には、其の子丁が死者に代位して、叔父丙こ合同に家產を承繼する。卽ち家產承繼の當時、承繼人の一人が既に死亡し、或は失踪して在らざる時こ雖も、必ずしも承繼權を喪失するものではなく、それを喪失する場合は、只(一)承繼人が家產分割以前に被承繼人の家を出でたる場合こ、(二)承繼人が家產分割以前に死亡して、未だ妻子を有せざる場合こに限られる。

承繼人は、被承繼人の死亡に因り、家產及び負債の全額を承繼する。蓋し、支那法に於ける家產承繼は、常に包括的効果を有し、承繼人は、被承繼人の財產を取得するこ同時に、其の債務をも負擔すべく、限定承認の家產承繼なるものを認めないからである。

大淸律例に示された家產承繼人、承繼分、承繼開始の時期及び承繼の効果等に關する規定は、大體以上述べた如くであるが、家產承繼人が唯一人なる場合には、該承繼人は被承繼人死亡の時を以て、家產の全部を承繼すべく、別に何等の問題をも生じないけれごも、多くは被承繼人二人以上あるを普通こし、此の場合には、家產分割の問題を生ずる。蓋し、支那に於ては、古來所謂同居共財を美風こするの觀念が強く、父祖の死後こ雖も、成るべく家產の分割を避けんこする傾向があるこは言へ、而かも、實際上の必要は、常に家產の分割を餘儀なくするからである。のみならず、家產の分割は、單に父祖の死後、家產を合同に承繼せる承繼人間に於て行はるゝに止まらず、父

祖の生前に於てすら行はれることがあり得る。卽ち、父の在世中に其の家產が、直系卑屬の間に分割せられる場合であつて、家產の分割こ同時に、當然家產承繼が行はれるものこ看做すべき場合である。現に法律上に於ても、現行律戶役門別籍異財條律には、『凡祖父母父母在、子孫別立戶籍分異財產者、處十等罰、若居父母喪而兄弟別立戶籍分異財產者、處八等罰』こ規定し、家產の分割は、祖父母父母在世中及び其の喪期中に、之を爲すことを絕對に禁止して居るにも拘はらず、同律條例に於ては、『祖父母父母在者、子孫不許分財異居、其父母許令分析者聽』こ規定し、父母の承諾ありたる場合には、其の生前に於ても、家產の分割を許可して居る。

家產の分割に關しては、律例は、上記の外、曩に述べた樣に、唯承繼人の得份を規定するのみであつて、其の方法に就いては、何等規定するところがない。

以上、大淸律例の規定を通じて、支那に於ける家產承繼制度の概要を略說したのであるが、現在支那に行はれつゝある相續の習慣は、此の樣な法律的根據の上に立つて居るものである。蓋し、支那現下の社會的慣習は、尙依然こして、家族制度の物質的基礎こしての家產制度を維持して居り、而かも、家產の承繼に關しては、古來の舊慣が最も偉大なる拘束力を有して居るからである。

### 第二項　家　產　承　繼　の　慣　習

今家產承繼の慣習に關し、現在一般に行はれつゝあるところを述ぶれば、大體左記の如くである。(『中國民事習慣大全』第五編繼承、『臺灣私法』第六章第二節家產承繼參照)

先づ、家產承繼人の範圍は、被承繼人の直系男卑屬に限るを原則とする。親等の異つた直系卑屬が數人あれば、其の近い者が先順位者となる。親等の同じき直系卑屬が數人あれば、同順位の相續人として、合同に家產を承繼する。

實男子は、嫡子庶子私生子の別なく、皆同等の家產承繼權を有し、實男子なき場合、養子があれば、此の養子は同姓たると異姓たるとに論なく、完全なる家產承繼人となるはもとより、異姓の養子と實男子とが竝存する場合と雖も、家產は、此の兩者の間に均分せられるのが原則である。

女子は、一般の慣習上、原則として家產承繼人たることを認められない。唯前述の承繼人何れも之なき場合に於て、始めて妻又は親女が、家產を承繼することを許す慣習もある。換言すれば、女子は慣習上原則として家產承繼權を有せざるにも拘はらず、實男子養男子何れも、之なき時、妻又は女子をして家產を承繼せしむる慣習が、例外的に行はれて居る。卽ち所謂絕產は、或は之を死者の爲に養子を爲して、之に傳へ、或は之を宗族の公業（合有財產）とし、或は同宗中の近親者之を承受するを普通とするのであるが、時としては、妻又は親女に於て之を承繼する場合もあり得る。併しながら、尙一般には、妻又は親女は、家產を持して歸宗改嫁又は出嫁することを得ず、妻は他日適當の嗣子を立て丶之に其の家產を傳へ、親女は招壻を爲して其の所生の子をして家產を承繼せしむるを原則として居るから、此の樣な場合には、婦女の承繼は、畢竟家產を養子又は養孫に傳へるまでの仲繼的過渡的辨法にしか過ぎないものである。

それ故は、現在の慣習に於ても、家產承繼は、直系主義男系主義に依ること、大淸律例の規定と變るところはない。のみならず、同順位の家產承繼人二名以上ある場合は、家產は其等數名の承繼人によつて合同に承繼せられることも亦、律例の規定と同樣である。

只、是等の點に關する唯一の乖離が、異姓の養子（卽ち義子）に對しても、正當な家產承繼權を認めるといふ點に存在して居る。而かも、此の相違點は、支那家族制度の將來を豫測する爲の最も重要な鍵鑰の一であること、旣に第六章養子制度の項に詳述した通りである。何となれば、異姓の養子にも正當な家產承繼權を認めるといふことは、取りも直さず、それに宗祧承繼權を認めることを意味するに外ならないからである。

二名以上の家產承繼人は、其の嫡子たると、庶子たると、長子たると、衆子たると、又實子たると、養子たるとを問はず、家產の上に同等の承繼權を有し、其の分割に當つては、均等の分前を取得する。是、所謂均分相續制度であつて、日本に於ける家督相續の如く、長子相續制度ではない。併しながら、父の死後、家產の分割以前に在つては、家產の管理權は、尊長たる長子の手に歸し、他の承繼人は管理者の許諾を得ずして、猥りに家產を費用することを得ない。但し、それと同時に、家產の管理者たる長子も亦、善良なる管理者の注意を怠ることによつて、他の承繼人の權利を侵害することは許されない。是等に關しては、曩に第四章家產制度の項に說述したところの如くである。

然るに、此の樣な家產の合有狀態は、家產の充分なる利用を期する經濟上の必要より言ふも、又合有關係に在る

各承繼人の個人的利害の點より觀るも、到底永續すべき性質のものではない。尤も、現在に於ても、父の死後家產を合同に承繼した諸兄弟が、長く同居共財の大家族を維持することを美風とする社會的觀念は、依然として存在しては居るけれども、實際に於ては、此の美風餘り行はれず、父親の死亡後は、寧ろ家產を直ちに分割する方が普通である。のみならず、現在に於ては、家產の分割は、父の生前に於てすら、往々行はれるところであること、既に之を指摘した通りである。

それ故に、現在支那の家產承繼制度に關しては、家產承繼そのものゝ性質に就いて論述するよりも、寧ろ家產分割に關する慣習を說述することの方が、遙かに緊要であると考へられる。

## 第三項　家　產　の　分　割

### 一

家產の分割に關して、先づ最初に問題となるのは、承繼人の得份即ち相續分である。蓋し、家產は、各承繼人に其の相續分に應じて分割せらるべきものだからである。然るに、支那に於ては、家產承繼に就いては均分主義を採り、同順位の承繼人數人ある時は、其の各自の相續分は均等なるべきを原則とすること、前項に之を述べた通りである。卽ち、直系男卑屬中、單に長子と衆子との間に、何等の差別を設けない許りでなく、嫡子と庶子又は私生子とが竝存する場合も、是等各承繼人の得份は、原則として、均平である。のみならず、實男子と養男子（嗣子及び義子をも含む）とが並存する場合にも、實際に於て、其の得份が、同一なるを普通とする。

かくの如く、家産承繼に於ける各承繼人の得份は、慣習上原則として均分主義に依るものであるが、此の事に關しては、之と異る慣習を採つて居るものも尠くない。蓋し、是等の慣習は、大體に於て、古來の法律的規定を基礎として居るものではあるけれども、畢竟自然發生的な社會的慣習であるから、各地方に依り、又各宗族に依つて、其の慣習に多少の差異あるを免れない。

而して、是等の例外的慣習中、最も普通なるものは、長子が他の衆子に比して、より多くの相續分を得ることである。或る地方では、長子が二倍の相續分を取る慣習が行はれて居るが、(福建省晉江縣習慣『民事習慣大全』第五編繼承十四頁)かくの如きは、寧ろ極めて稀な例であつて、多くは、長子の得份が、衆子のそれに比して、僅かに多い許りである。(前掲書十四頁)何故に、かゝる習慣が、可成り一般的に行はれて居るかと言へば、思ふに、宗祧承繼の制度が、著しく頽廢した今日に於ても、宗祧は、長子によつて承繼せらるべきであるといふ古代宗法の觀念が、尚多少の餘影を止めて居り、其の結果として、祭祀の費用を負擔する長子に對しては、幾分の割增を與ふべきものであるとの觀念が、可成り普遍的に殘存して居るが爲であらう。

此の外、實男子以外に養子が並存する時、或る地方では、兩者の相續權並びに相續分が均等であるが、(陝西省華陰縣習慣、前掲書十四頁)或る地方では、養子は、家產分割の際に於て、僅かに酌量して幾分の財產を贈與せらるに過ぎず、家產に對して正當の承繼權を認められない。(福建省浦城縣習慣、同上十四頁)蓋し、宗法の傳統的精神よりすれば、宗祧を承繼せざる養子即ち義子は、當然に家產を承繼する權利なきを本則とすべきであつて、律例

も亦是を要求したこと、既述の如くであるが、宗祧の制紊亂し、義子と宗祧を承繼する養子卽ち嗣子との區別が失はれた結果、主として、情誼關係よりして、異姓の義子に對しても、實男子と同等の承繼權を認めることが、却つて、全國的慣習たるに至り、從つて、義子に正當の承繼權を認めないことが、寧ろ例外となるに至つた。いふまでもなく、此の慣習は、血統觀念の頽廢を立證するものであつて、支那に於ける大家族制度崩壞の運命を豫示する一指標たるを失はない。

以上の如き若干の例外的慣習を除外すれば、直系男卑屬各人の相續分は、慣習上原則として均等である。それ故に、家產分割の際に於て、上述の家產承繼人が、依然として被承繼人の家族として生存し、若しくは死亡したるも、之に代位して分割に與る權利を有する者ある時は、家產は、是等數名の承繼人の間に平等に分割せられる。卽ち、實子又は養子が、何等かの事由に依り、家產分割以前に於て、其の家を出た場合には、家產の分割に與り得ないが、分割以前に死亡したる承繼人に男子ありたる場合には、此の男子は父に代位して伯叔と平等に家產の分割に加はる。而して、代位承繼人二名以上ある場合は、更に其の得份の範圍內に於て、均分の原則に從ひ、之を分割すること、もとよりいふまでもない。

## 二

以上に於て、家產分割に關して、先づ問題となるべき家產承繼人の得份卽ち相續分に關する一般的慣習を明かにしたのであるが、次に問題となるのは、家產分割の方法である。何となれば、家產は、各承繼人の間に、其の得份

に應じて分割せらるべきものではあるが、併し、承繼人の得份は、只權利義務承繼の割合を示すものに止まり、家產の內容たる權利義務の具體的分配は、別に之を決定しなければならぬからである。

家產分割の方法は、然らば、如何にして決定せられるか。此の點に關する現在の慣習に就いて、其の槪要を述ぶれば、大體左の通りである。

一、被承繼人の生前に於ては、其の指定に依る。

既に屢々指摘した樣に、支那に於ては、古來數世同居共財の大家族を美風とし、現在に於ても、尠くとも、父母の存命中は、分財異居せざることを、一般的慣習として居るが、併しながら、かくの如き慣習は、主として經濟的原因に依り、又一部分は、個人主義思想の發達に促進せられ、漸次に廢滅して行く傾向があるのは、寧ろ當然と謂はねばならぬ。從つて、法制上に於ても、唐律は、直系尊屬在世中に於て、卑幼の別籍異財を、絕對に禁止したにも拘はらず、明淸律に在つては、此の禁を緩め、直系尊屬の許諾ありたる場合に限り、之を許可することゝして居る。(戶律戶役『別籍異財』條例)それ故に、現在では、父母の死後はもとより、其の存命中と雖も、父母の承諾の下に、家產を分割して、大家族を分裂せしむる事例は、極めて多い。かくの如き場合には、家產分割の方法は、被承繼人の指定に依つて決定せられるのである。

二、被承繼人が遺言を以て分割の方法を定めたる時は、之に依る。

被承繼人の死後、家產を分割するのは、最も普遍的な慣習であつて、多くは、被承繼人の死後二三年を經過し

たる後に於て之を行ひ、尠くとも、被承繼人の死後二代の後には家產を分割し、所謂累世共財の大家族は甚だ稀である。而して、被承繼人の死後に於て家產を分割する場合、被承繼人が、遺言で分割方法を指定したる時は、之に依るべきこと、もとより言ふまでもない。

三、被承繼人が、家產の分割方法に關して、何等の遺言をも爲さざりし時は、合同承繼人間の協議に依つて、之を定める。

但し此の場合には、通例主なる親族及び族長の立會が必要とせられる。

家產分割の方法は、大體以上の如き標準によつて決定せられるのであるが、承繼人間に分割方法の協議調はざる場合、若しくは、分割の正確公平を期せんとする場合等に在つて、最も普通に行はれる慣習は、抽籤の法を用ふることである。是、家產の分割が、所謂鬮分と稱せられる所以であるが、次に、之に關する說明に入る前に、先づ遺留家產及び贈與財產に就いて、一應の說明を與へて置く必要がある。蓋し、家產分割に當つては、通常、家產を承繼人間に分割する以前に於て、先づ祀產、養贍財產等を設定し、婚費、其の他の贈與財產を抽出する慣習があるからである。

## 三

家產分割に當り、豫め抽出せられて、分割以外に置かれる財產は、大體左記の數種である。

一、遺留家產

（一）墳墓、祠堂、神主、祭具、家譜等は、性質上分割すべからざる財産であつて、且つ永遠に保存さるべきものであるから、之を家產分割以外に置く。而して、是等は、原則として、父祖の祭祀を繼承すべき嫡長子の特權に屬する財產であるが、宗法觀念の著しく頽廢した今日に在つては、必ずしも之を宗子の特權に歸せず、諸子の合有權に屬せしむる慣習も行はれて居る。

（二）家產分割に當り、祖先祭祀の費用に供する目的を以て、家產の一部を留存する場合がある。是所謂祀產若しくは祭產であつて、普通不動產を以て之に充て、各承繼人の得份と獨立して、其の合有財產となる。而して、各承繼人は、共同に、或は輪流に、此の財產を管理用益し、其の收益は、之を祖先祭祀の費用に充當する。

祀產を設定する慣習は、以前に於ては、支那全國を通じて、一般に行はれた慣習であつたのであるが、現今に於ては、祖先崇拜の觀念が頽廢した爲と、今一つは經濟的理由に依り、其の慣習は、殆んど行はれなくなつた許りでなく、以前より存續して來た祀產すら、次第に分割せられんとする傾向がある。蓋し、祀產の設定は、祖先祭祀の必要に根據せる社會的慣習であるが、主として不動產を以て組織せらるゝ祀產は、讓渡分割を禁ぜられ、其の融通性を妨げらるること、宛かも、世襲財產と同一であつて、經濟的には其の價値に乏しい憾みがあり、甚だ永續し難い性質を有つて居る。のみならず、分割すべき家產が少額なる時は、かくの如き祀產を設定すべき經濟的餘力を有せざること、もとより言を俟たない。而して、是等の經濟的原因が、祖先崇拜の觀念の頽廢並びに個人主義思想の發達と相伴つて、祀產を設定する慣習を衰微せしめる結果を招徠したことは、理論上寧ろ當然の歸趨であると謂は

ねばならない。

而して、祀產の管理も、元來は、祖祭の主祭者たるべき嫡長子の特權であるべき筈であるが、現今では、嫡長子の祭祀的特權が失はれ、父祖の祭祀は、衆子共同に之を營む樣になつたから、從つて、祀產の管理權は、衆子共同の權利に歸して居る。玆にも、支那に於ける宗法觀念の頽廢が窺はれるのであるが、併しながら、現今最も普遍的に行はる、慣習に就いて言へば、家產分割に當り、長子に對して土地を與へ、之を祀田として祖先祭祀の用に供せしむるか、若しくは、祖先傳來の家屋卽ち祖屋を與へて、神主家譜等を管理せしむることを普通として居るから、此の點に關しては、幾分か宗法の形式を保存して居るものと考へることが出來る。

二、養贍財產

養贍とは、扶養の意味であつて、養贍財產とは、家產分割の際に、祖父母父母等の扶養料に充當する爲に、設定せられる財產の謂である。俗に之を養膳產若しくは膳田とも言ふ。

祖父母父母を奉養するは、子孫の最も重大なる義務であるから、家產分割の際、是等何れかが生存せる場合には通例是が爲に養贍財產が設定せられる。養贍財產は、前述の遺留家產と、其の性質を異にし、被設定人に專屬する財產であつて、其の私有に歸し、管理及び用益はもとより、之を任意に處分することも出來る。只被設定人が、生前に於て、妄りに之を處分する時は、將來の生活費及び死後の埋葬費に支障を生ずべきが故に、之が處分に當つては、承繼人全部の同意を經ることを、德義上の義務とするのみである。

而して、養贍財産は、被設定人の死後、通常之を葬費に充當する。支那に於ては、父祖の葬儀を盛大ならしむるは、子孫の義務であるこ同時に、其の名譽でもあるから、相當多額の養贍產こ雖も、葬費こして蕩盡して了ふのが普通であるが、尙殘餘ある場合には、承繼人間の協議を以て、或は之を祀產こして祭祀の費用に充て、或は之を承繼人の間に分割する。

鬮分以外に父母の養贍財產を設定しない場合には、家產承繼人は、或は、輪流に之を其の家に奉養し、若しくは各自其の受けたる得份中より扶養料を供給することもあるが、普通特定の承繼人（多くは長子）が、之を奉養する代償こして、他の承繼人に比し、より多くの家產の分前を受ける。

三、婚費

家產分割の際、女子の婚費に充當する目的を以て、若干の財產を抽出するこさがある。是、蓋し、女子は、家產承繼權なき爲、家產分割後に在つては、唯其の兄弟より任意の補助を仰ぐの外、婚費を得るの途がないから、富家に在つては、通例、家產分割の際、未だ出嫁せざる被承繼人の女子の爲に、婚費を抽出するのである。

而して、婚費は、裝奩卽ち婚資の外、婚姻の式費に充當せらるべきものである。

かくの如くして抽出せられた婚費は、いふまでもなく、應婚者たる女子の受贈財產であつて、其の私產を成し、婚姻に要する費用に充當して、尙殘餘ありたる場合には、之を裝奩こして夫家に持參することが出來る。

四、以上の外、家產增殖に功勞ありたる者に加給する爲、功勞額を抽出し、或は嫡長孫の爲に長孫額を抽出するこ

こがある。前者は、鬮分はよつて得たる財産こ共に、功勞ありたる承繼人の承繼財産こなり、後者は、長孫の私産こなる。唯、子の上に加へられる父權の强大なる結果こして、長孫額は、往々にして、長孫の父卽ち長子の財産に併合せられ、事實上長子に加給せられた承繼財産こ異らない。

此の樣に、家産分割に當つては、種々の抽出が行はれるのであるが、併しながら、是等の慣習はすべて、事情により、又地方により、必ずしも同一ではなく、更に其の地方の慣習によつて多少支配せられるものであるこは言へ、殆んご全く被承繼人の意思又は承繼人の協議によつて決定せられるものであるから、もこより劃一的な原則がある譯ではない。

## 四

上述の如き抽出額を決定したる時には、此の抽出部分を家産より控除し、其の殘額に對して、鬮分を實行する。かゝる抽出を爲さざる時は、家産の全額を直ちに鬮分するこごは、言ふまでもない。

家産の鬮分を爲すには、先づ家産を評價し、次に之を各承繼人の分得率卽ち股份に平等に割當て、最後に抽籤を實行するの三段の形式を踏む。是、家産分割の最後の手續であつて、是によつて、家産の分割は結了し、各自の取得財産が確定するのである。

一、家産を分割するに當り、遺留家産、養贍財産等を設定し、婚費其の他を贈與せんこする時は、是等の財産を家産中より抽出して、之を分割以外に置くここは、前段に之を述べた通りである。それ故に、是等の抽出額ある場合

には、此の部分を家產中より控除し、其の殘額に對して鬮分を實行することゝなるが、若し是等の抽出を行はざる場合には、家產全部が、分割すべき財產となる。

斯の如くして分割すべき財產が確定したる時は、各財產に就いて、其の價格を評定する。財產價格の算定は、承繼人又は被承繼人は、立會人と協議して、最も公平に之を行ふ。

二、かくして、財產の評價を終了したる時は、各財產の種類性質及び所在地の便否を斟酌して、平等に之を各承繼人の股份に割當てる。

家產に對する各承繼人の股份卽ち分得率は、各承繼人同等なるべきを原則とするが、場合に依り不同なること襲に之を詳述した如くである。それ故に、承繼人が各々同額の財產を分得すべき時は、股份は承繼人の數と一致するが、其の得額に差等ある時は、必ずしも之と一致しない。例へば、承繼人三名あり、長子が次子の二倍を得る場合には、份數は之を四とし、長男は其の二份、二男三男は各一份を得るが如きである。但し、分得額の多少を劃するに份數に依らず、豫め之を抽出して分割以外に置く場合には、鬮分に於ける得份は均等であり、從つて份數は承繼人の數と一致する。

三、家產を各股份に對して平等に割當てたる時は、吉日を選び、各承繼人は、親族及び族長立會の上、祖先の靈前に於て籤を抽き、各自の抽取したる籤の符號に該當する股份を取得する。茲に於て、家產の分割は結了し、各自の取得財產が確定する。是、所謂鬮分であつて、俗に分家と謂ふ。蓋し、家產の分割は、取りも直さず、家を分つこ

とを意味するからである。

鬮分に依り、家産の分割が結了し、各自の取得財産確定したる時は、之が證據となるべき鬮書を作製する。俗に分書又は分家單と稱せられるものが、卽ち是である。鬮書は、承繼人の數に應じて數本を作り、各々一本を保持すべきものとする。

### 第四項　私産の承繼

既に第四章第三節に之を述べた樣に、支那現在の慣習に於ては、家産の外に、家族の私産をも認めて居る。卽ち支那の財産制度は、古來嚴格なる家族主義を採り、財産は一切家に屬するものとして、家族の特有財産を認めなかつたのであるが、後世に至つては、女子の婚資を先驅として種々家族の特有財産が出來るに及んで、漸く財産に關する個人所有の觀念が發達し來り、遂には、家族が其の勤勞に因つて取得した財産は、之を特有財産として、私有することが許されるに至つたのである。

然らば、かゝる私産の承繼は、果して如何なる方法に依つて行はれるものであるか。

思ふに、家族の特有財産卽ち私産は、一般には、被承繼人の遺言を以て任意に之を處分するを原則として居る樣ではあるが、併しながら、必ずしも一定せる慣習がある譯ではない。加之、私産承繼の方法は、私産の種類に依り必ずしも同一ではない。而かも、私産には、妻妾の婚資、子女の婚費、長孫額其の他家族が自己の勤勞貯蓄に因つて獲得したる特有財産等があるけれども、是等は必ずしも重要なるものではなく、且つ男子孫の特有財産は、他日

其の男子孫が獨立して一家を成す時は、其の家産の一部を爲すものであるから、其の場合に於ける承繼の方法は、畢竟家産承繼の法に依ることゝなる。

それ故に、支那に於ては、私産承繼は、寧ろ例外的と謂つてもよく、全體として觀れば、今も尙依然として、家産承繼が、殆んど比較にならぬ程重大な意味を有つて居る。

是蓋し、支那に於ける家産制度が、大體に於て今尙昔乍らに維持されて居ることの必然的歸結であるに外ならないのである。

## 第五節　民律草案に於ける相續法

民律草案に謂ふところの『繼承』なるものは、單に純然たる財産相續である許りでなく、被相續人が家長たる場合と家族たる場合とを問はず、其の遺産を直系卑屬に共同相續を爲さしめんとするものであつて、如何にも近代的個人主義の色彩に富んだものである。

思ふに、相續は、之を大別して、身分相續と財産相續とに爲し得る。支那に於ける家族制度の最も重要なる基礎となつて居た宗祧承繼が、純然たる身分相續であつたことは、いふまでもない。然るに、其の後、支那に於ては、宗祧承繼制度の社會的重要性が、漸次に喪はれると同時に、財産相續たる家産承繼が、殆んど唯一の相續制度となるに至つた。それ故に、民律草案は、此の點を法律上明確に規定し、財産相續のみを認めて、身分相續たる宗祧承

繼を認めて居ない。

然らば、此の事實は、果して何を意味するか。いふまでもなく、支那に於ける家族制度の根本的變革の一つの現はれである。何となれば、支那古來の家族制度は、祖先崇拜を其の心理的根據として成立して居るものなるが故に、其の事の當然の歸結として、宗祧承繼が、最も重要なる相續の形式であるべき筈であるにも拘はらず、法律が、宗祧承繼を、其の繼承法から除外した時に、それは、尠くとも形式的には、家族制度の祭祀的意義を、全く見限つたものと謂はねばならないからである。

家族が特有財産を有ち得ることは、民律草案の明文を以て規定されて居る。(一三三〇條)のみならず、民律草案に於ては、家族は家族なるが故に、其の權利能力並びに行爲能力に何等の制限を受けることがないから、從つて家族は、凡て自已の名義を以て所得したる特有財産の上に、完全なる權利を保有し、毫も家長の制肘を受けることはない。是、最も個人主義的な別產主義に外ならないものであつて、民律草案の繼承法なるものは、かくの如き個人主義的別產主義をそれの前提として、其の基礎の上に打建てられて居るところのものである。

然るに、支那に於ては、古來財産に關して家產主義を採り、家族は財産を所有する能力を有せず、其の取得したる財産は之を家產として家長の管理に委ね、家族各自が擅に之を費用することを許さなかつた。それ故に、從來支那に於ける財産相續は、所謂家產承繼に限られたのであるが、民律草案が、家族の財產私有能力を認めるに及んで此の點も亦、根本的に變革されたものと謂はねばならない。何となれば、家族が特有財産を所有し得る結果は、家

族内に、家長に所屬する財産と、家族に專屬する財産との兩種の財産が存在し得る樣になり、從つて、其の相續も此の兩者に就いて各別個に行はれねばならなくなつたからである。

民律草案の相續法が、如何に個人主義的色彩に富んだものであるかは、亦、遺産の共同相續人數名ある時に於ける遺産の共同所有關係に就いて、同草案が、日耳曼法的な所謂合有を忌避して、羅馬法流の所謂共有を採用した規定に、最も明瞭に現はれて居る。例へば、民律草案第千四百七十二條は『繼承人數人あるときは、各承繼人は遺産に對して共有權を有す』と規定し、其の共有權に就いては、物權法の共有に關する規定が、準用されること、なつて居る。而かも、其の事の當然の結果として、各承繼人に對しては、何時にても遺産分割の請求を爲す權利を與へて居る許りでなく、（一四八二條）更に、五年を超ゆる不分割の遺言を無効として居る。（一四八一條）

既に述べた樣に、支那の舊法では、父祖の遺産を共同に相續した兄弟の間に於ける財産所有關係に就いては、合有を認めて共有を認めなかつた。然るに、民律草案が、遺産の共同相續に就いて、團體主義的協働的な合有關係を忌避して個人主義的排他的な共有關係を採用した時に、新法の相續法は、其の内容と外觀とに於て、個人主義的色彩を極めて濃厚ならしめたものと謂はねばならない。即ち、支那に於ては、古來父の死後、其の遺産を合同に相續せる諸兄弟が、之を分割することなくして、互に同家共産的生活を爲すことを美風とするの觀念が强く、所謂五世同居共財といふことは、唐代以來淸末まで、朝廷の旌表を受ける一の資格とされた程であるにも拘はらず、民律草案が、遺産相續に就いて、分割主義の共同所有を、それの原則とした時に、それは、事實上、財産相續に關する家

族主義の傳統を捨て〻、新に個人主義を採用したものと謂はざるを得ないのである。

併しながら、茲に特に注意すべき一事は、民律草案の所謂繼承法は、上述の如き理由の下に、著しく、近代的個人主義的色彩に富んだものではあるけれども、而かも、今少しく詳細に檢討する時には、其の中に、多くの家族主義的原則の殘存をば發見し得ること、是である。

例へば、民律草案が、既に家族の特有財產を認め、個人の權利を尊重する以上、相續人に不利なる相續、若しくは相續人の欲せざる相續に對しては、之を放棄して認めざる權利が與へられねばならぬ筈であるに拘はらず、民律草案には、相續を放棄するの規定がない。是蓋し、家の繼續を重んずる家族制度の精神よりして當然の歸結であつて、子は父の財產と共に、其の家を繼承するものであるから、其の相續の放棄を許されないのは、寧ろ當然の次第である。然るに、かくの如きは、所謂父債子還なる古來の慣習に合致するものではあるが、併し、此の事は、畢竟個人主義を原則とする相續法の上に一の矛盾を包藏せしめることとなる。何となれば、相續の放棄を絕對に許さない結果は、必然的に、個人の特有財產を侵害する結果となるからである。それ故に、民律草案は、其の第千四百六十二條に於て、左の如き規定を設けて、之を緩和する手段を講じて居る。卽ち同條の規定に據れば、

『被相續人が債務を負ふときは、被相續人の財產を以て之を償還す。若し相續人が自己の特有財產を以て償還することを希望するときは之に從ふ。』

とあり、原則として財產上の個人主義を保障しつ〻も、尙所謂父債子還なる家族主義的慣習の保存を企圖して居

る。換言すれば、民律草案は、個人主義的な所謂限定承認の財産相續を取入れることによつて、著しく舊法から飛躍したとは言へ、而かも尙、民間の家族主義的慣習を全然否定し去らうとはして居ないものである。卽ち、其の立法理由には、

『民法の原理を論ずれば、應に個人を以て本位とすべし。故に被承繼人債務を負ふあらば應に其の財産を以て償還すべし。惟だ中國には素と父債子還の說あり。然るに親族法は旣に明かに子の特有財産を認む。則ち子若し願ふに自己の財産を以て父債を償ふを以てせば、是亦民德の美行なり。法律は道德を妨げざるを以て主と爲す。故に本律は、其の願ふ所を許して制限を設けざるなり。』

とある。卽ち是に依つて觀ても、民律草案の相續法なるものは、畢竟個人主義的基調の上に、一部古來の家族主義的精神を加味したところのものであるに外ならないことが、極めて明瞭である。

のみならず、此の樣な事實は、更に民律草案に於ける繼承そのもの、性質に觀ても、最も明白に看取されるところである。何となれば、民律草案は、曩にも述べた樣に、形式的には、卽ち明文上では、宗祧承繼に關する規定を全く設けて居ないにも拘はらず、其の所謂繼承なるものに對しては、飽迄も、其の宗敎的性質若しくは祖先祭祀上の特質を全然見限つては居ないからである。蓋し、宗祧なるものは、曩に屢々指摘した如く、中世以來、それの最も重要なる實質的利益を喪失することによつて、其の社會的重要性を著しく減少せしめたとは言へ、傳統的保守的な支那に於ては、其の社會生活の根柢に深く浸透し切つた祖先崇拜の觀念が、未だに根強く殘存して居り、從つて

容易に祖先祭祀の繼續即ち宗祧承繼を無視することが出來ないからであらう。

即ち、民律草案第千四百六十八條は、第一順位の相續人たる直系卑屬なき場合には、(一)夫又は妻、(二)直系尊屬、(三)實兄弟、(四)家長、(五)實女の順序に依つて遺產を承受すべき者を定むべきことを規定して居るのであるが、之に對する立法理由は、所謂繼承の祭祀的特質を、最も明瞭に示して居る。即ち、

『本條は、直系卑屬なければ、繼承の時、應に何人が遺產を承受すべきかを規定するものに係る。所謂繼承は、實に其の財產を接受するのみならず、實は即ち其の宗祧を繼續するなり。故に惟だ被承繼人の直系卑屬のみ繼承權を有すと爲す。若し、其の人に子孫なければ、其の遺產のみを處置す。祭祀繼承の問題と關係あることなし。故に繼承と曰はず、而して承受と曰ふ。而して此の承受の順序は、夫又は妻を第一とし、次は直系尊屬、次は親兄弟、次は家長、次は親女と爲す。』

是によつて觀れば、民律草案の遺產相續人なるものには、(一)遺產を相續し、同時に宗祧を承繼するものと、(二)宗祧承繼とは關係なく、單に遺產のみを相續するものとの二種の區別が儼存する譯である。而して、第一種の相續人は、必ず被相續人の直系卑屬に限られ、之を繼承人と謂ひ、第二種の相續人は、直系卑屬なき場合、夫又は妻、直系尊屬、實兄弟、家長並びに實女が、之に當り得るものであつて、之を繼承人と曰はずして、承受人と曰ふのである。かくの如く、民律草案が、最も嚴格に、繼承と承受との區別を立てゝ居るといふことは、取りも直さず、それが繼承の祭祀的特質を飽迄も認容して居ることを意味するものであつて、此の點に、民律草案の相續法に於け

る著しい家族主義が窺はれるのである。

民律草案に於ける相續法の性質を、より一層明瞭ならしめんが爲には、之を日本民法に於けるそれと比較して、其の重大なる差異を指摘することが、最も便利であると考へられる。

一、日本民法の相續法は、家族制度的な家督相續と個人制度的な遺產相續とを並立せしめて居るが、支那の民律草案に在つては、個人主義的基調の上に立つ遺產繼承のみを規定して居る。但し、此の大體に於て個人主義的な遺產繼承法も、必ずしも純然たる個人主義的なそれではなく、尙祖先祭祀的家族主義的特質を、多分に包藏したものであること、既に說明したところの如くである。

二、日本の相續法に在つては、女子は、略男子と同等の相續權を認められて居るが、支那のそれに於ては、女子は依然として、遺產の繼承權を與へられて居ない。女子は、前記民律草案第千四百六十八條によつて、僅かに、最終順位の遺產承受權を有するに止まる。是蓋し、民律草案が、其の所謂繼承に於て、傳統的な宗祧承繼の性質を飽迄肯定する以上、女子は、當然繼承から除外されなければならないからである。換言すれば、民律草案の繼承なるものは單に財產を相續するのみならず、實は卽ち祭祀を繼續するものであり、而かも、祖先祭祀が必ず男子によつて營まるべきものであるといふことは、宗祧承繼の傳統的原則だからである。

三、日本相續法に於ける遺產相續人は、被相續人の直系卑屬、配偶者、直系尊屬、並びに戶主の四者であるが、民律草案に於ては、遺產繼承人は、直系卑屬のみであり、配偶者、直系尊屬、兄弟、家長並びに女子は、單に遺產

を承受するを得るに止まり、正當の繼承人たることを得ない。又日本の相續法は、戶主を最終順位者として居るにも拘はらず、被相續人の兄弟姉妹を遺產相續順位中に加へて居ないが、民律草案繼承法は兄弟を家長よりも先順位の遺產承受人と爲して居る。

四、日本の相續法に於ては、各共同相續人は、被相續人の遺言ありたる場合を除き、何等他人の干涉を受くることなく、何時にても遺產の分割を請求し得るが、民律草案の繼承法では、父の遺言ありたる場合を除く外、母の存在する場合に於て、若し各承繼人が遺產を分割せんと欲する時は、母の承諾を經べきものとして居る。(第千四百六十三條)

五、日本相續法の遺產相續人は、例外なく、相續を承認又は拋棄することを得るが、民律草案繼承法には繼承を放棄するの規定を設けて居ない。是に關して、草案理由の說明するところは、次の如くである。

『本案には繼承を放棄するの規定なし。各國の法制は、被相續人莫大の債務を負ひ、相續人其の相續の不利益なるを認めたる時は、之を放棄して認めず、被相續人の財產に對して破產を申請することを許す。日本相續法第三章も亦然り。其の法殊に我國の習慣と相悖れり。我國には古來父債子還の說あり。故に相續の時に當り、其の父莫大の債務ありと雖も、子の放棄することは能はざるは明かなり。唯だこは特有財產の制と大いに關係あり。蓋し相續の放棄を許さざれば、勢ひ必ず自己所有の財產を以て被相續人の債務を償還せざるべからざるを以てなり。是卽ち特有財產の制を認めざるなり。既に特有財產の制を認めず。卽ち個人の權利を認めざるなり。個人既に權

利なければ、即ち民法の根本觀念以て破る。是非とも救濟の方法を講ぜざるべからず。此の故に親族法案は、明かに特有財產の制を認む。而して本案には、習慣を保存せんが爲に、既に相續を放棄することを許さず。而して相續人被相續人の債務を償還するに就き特に制限を設く。（此の點に關しては、曩に之を詳述した―引用者註）是或は新舊法律思想を融和するの道か。』

是によつて觀ても明瞭なるが如く、民律草案の繼承法は、在來の支那法と近代の外國法とを打つて一丸とし、古き家族制度を新時代の趨勢に順應せしめ、家族協同の原則と、個人主義的原則との融合調和を試みんとしたものであつて、根本に於て、其の基調を、個人主義に置きつゝも、尙相當著しき程度に於て、家族主義の精神をば、取り入れて居る。

かくして、民律草案に於ける相續法は、宗祧承繼若しくは家督相續等のあらゆる家族制度的な規定を缺如し、財產相續のみを規定することによつて、外觀上大いに個人主義的色彩を濃厚ならしめて居るにも拘はらず、其の實質に於ては、尙も家族主義的原則を、相當多分に包藏して居るものと謂ふことが出來るのである。　（完）

昭和三年二月十日印刷
昭和三年二月十五日發行

南滿洲鐵道株式會社庶務部調査課
編輯兼發行人　佐田弘治郎

大連市近江町九十一番地
印刷人　山田浩通

大連市近江町九十一番地
印刷所　東亞印刷株式會社大連支店

發行所　南滿洲鐵道株式會社

發行所　南滿洲鐵道株式會社

印刷所　東京印刷株式會社大連支店
大連市近江町九十一番地

印刷人　山田吉雄
大連市近江町九十一番地

發行人兼編輯人　佐田弘治郎
南滿洲鐵道株式會社庶務部調查課

昭和三年二月十五日發行
昭和三年二月十日印刷